

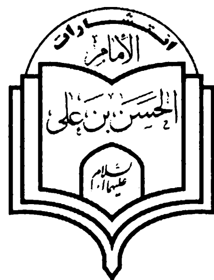
تقریرات درس مکاسب

استاد علی محمدی خراسانی

با کوشش عبدالحسین فیاضی

جلد ششم





تقریرات درس مکاسب

استاد علی محمدی خراسانی

با کوشش عبدالحسین فیاضی

جلد ششم

فـیاضی، عـبدالحسـین، ۱۳۴۶ ـ تـقریر کـنندهٔ درس اسـتاد عـلی مـحمدی خراسانی.
تقریرات درس مکاسب استاد علی محمدی خـراسـانی، بـا کـوشش عبدالحسین فیاضی .- قم: الامام الحسن بن علی علیه السلام، ۱۳۹۰.
۹ مجلد.
۴۸۰ص
ISBN 978-964-7686-03-7 (ج . ۶)
فهرستنویسی بر اساس اطلاعات فیپا.
کتابنامه: به صورت زیرنویس
۱. انصاری، مرتضی، ۱۲۱۴-۱۲۸۱ق. تقریرات درس مکاسب استاد محمدی خراسانی. ۲. فقه شیعه. الف. انصاری، مـرتضی،. مکـاسب. شرح. ب. عنوان. ج. عنوان: مکاسب. تقریرات -



شناسنامهٔ کتاب

☐ نام کتاب: تقریرات درس مکاسب (جلد ۶)
☐ با کوشش عبدالحسین فیاضی
☐ ناشر: الامام الحسن بن علی علیه السلام
☐ نوبت چاپ: سوم/۱۳۹۰
☐ تیراژ: ۲۰۰۰ نسخه
☐ قیمت: ۶۷۰۰ تومان
☐ چاپخانه: یاران
☐ صحافی: زرّین

مرکز پخش:
۰۲۵۱-۷۷۵۲۹۲۳

فهرست مطالب

القول فی الاجازة و الردّ

تنبيهات اجازه

الکلام فی المُجیز

الکلام فی المجاز

الکلام فی الرّد

مسألهٔ آثار اجازه بيع فضولى

مسألهٔ بیع ما یُملَک و ما لا یُملَک

مسألهٔ ولایت پدر و جدّ پدری

مسألهٔ ولایت فقیه عادل

مسأله اسلام مشترى

بسم الله الرحمن الرحیم

بیع الفضولی لنفسه

المسألة الثالثة

مسئلهٔ سوّم از مجموع سه مسئلهٔ بیع فضولی آن است که: شخص فضول، مال مردم را برای خودش مورد معامله قرار دهد (با مال مردم چیزی را برای خود خریداری کند، متاع دیگران را برای خویش به فروش برساند.) و این قسم از بیع فضولی دو مصداق کلّی دارد:

الف: بیوع و معاملاتی که غاصبین و سارقین انجام می‌دهند که مال مردم را سرقت کرده یا به زور از آنها گرفته و برای خود می‌فروشند. و غالباً بیع الفضولی مال غیره لنفسه از همین نوع و سنخ است.

ب: و گاهی هم مصداق مسئلهٔ سوّم آن است که: اشخاصی واقعاً و عند اللّه مالک حقیقی متاعی نیستند ولی خیال می‌کنند که مالک‌اند و با همین اعتقاد و تخیّل مال مردم را می‌فروشند. نمونه‌اش مطلبی بود که در مسئله اوّل در مؤیّد چهارم تحت عنوان صحیحهٔ حلبی آوردیم که فروشنده با خریدار پارچه اقالهٔ بوضیعهٔ کرده بود و از روی جهل به حکم گمان کرده بود که: پارچه را مالک شده و برای خود به شخص دیگر فروخته بود... .

حکم مسئله: آیا چنین بیعی از ریشه و اساس باطل است؟ یا صحیح است و با اجازهٔ مالک اصلی برای خود مالک واقع می‌شود؟ و یا صحیح است و با اجازهٔ مالک برای شخص فضول واقع می‌شود؟ قدر مسلّم نزد مشهور این است که: برای شخص فضولی و غاصب واقع نمی‌شود و ثمن به ملک او داخل نمی‌شود ولی برای مالک اصلی چطور؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: ما نیز به پیروی از مشهور می‌گوییم: «**الاقوی الصّحة**» یعنی چنین معامله‌ای صحیح است «**و یَقَعُ للمالک مع اجازته**» و برای این مدّعا به چهار دلیل استدلال می‌کنیم:

۱ـ عمومات و اطلاقاتی که در مسئله اوّل گذشت و عمده دلیل ما بر صحّت بود

«اوفوا بالعقود، احل الله البیع، تجارةً عن تراضٍ و...» و کیفیّت استدلال به این آیات چنان است که در مسئلهٔ اوّل گذشت: (مقتضی موجود است زیرا معامله و عقدی محقّق شده و طیب نفس مالک هم حاصل شده، و مانع مفقود است زیرا سبق اذن معتبر نیست....)

۲ـ فحوای روایاتِ نکاحِ فضولی: اگر عبدی بدون اذن مولایش برای خود زن اختیار کند، به حکم روایات **«ذاک الی سیّده ان اجاز جاز»**، یعنی با اجازهٔ بعديِ مولی این نکاح صحیح است، حال اگر نکاح فضولی لنفسه با اجازهٔ لاحق تصحیح شود، بیع فضولی لنفسه به طریق اولی با اجازهٔ لاحق صحیح خواهد بود. (با این تفاوت که نکاح برای خود عبد واقع می‌شود نه برای مولی، ولی بیع فضولی برای مالکِ مُجیز واقع شود،) (البته جناب شیخ اعظم در جواب از دلیل هفتم از ادلّه صحّتِ بیع فضولی در مسئلهٔ اولی، فحوی و اولویّت را رد کردند ولی در اینجا مثل مسئلهٔ دوّم به فحوی استدلال می‌کنند و جای اعتراض باقی است.)

۳ـ اکثر مؤیّداتی که در مسئلهٔ اوّل گذشت اطلاق یا عموم داشته و مسئلهٔ ثالثه را نیز شامل می‌گردد مثل معاملات عامل مضارب (متاع دیگر را برای خود بخرد یا برای ربّ المال) و مثل اتجّار به مال الیتیم (غیر ولی با این مال برای خود تجارت کند یا برای یتیم) و بلکه بعضاً در مورد مسئلهٔ سوّم بود (فروشندهٔ اقاله گر که پارچه مردمان را برای خویش فروخته بود، البته با اعتقاد به مالک بودن) و... .

۴ـ روایت محمّد بن قیس هم ظهور در بیع لنفسه داشت زیرا معمولاً فرزندی که در غیاب پدر و بدون اذن او مالی از اموال پدر را می‌فروشد (مثلاً ولیدهٔ اب را) برای این می‌فروشد که از ثمن و پول آن استفاده کند و خودش انتفاع ببرد، مضافاً به عدم استفصال امام علیه السلام که مفید عموم است.

قوله:و لا وجه:

به عقیدهٔ ما از لحاظ صحّت فرقی میان مسئلهٔ اوّل و سوّم نیست و هر دو مورد بیع صحیح تعلیقی است و با اجازهٔ مالک اصلی برای مالک واقع می‌شود، و هیچ وجه و دلیلی بر تفاوت بینهما وجود ندارد. ولی به عقیدهٔ گروهی از فقهاء میان بیع فضولی للمالک (مسئله ۱ و ۲) و بیع فضولی لنفسه (مسئله ۳) فرق است یعنی بیع فضولی برای مالک بااجازهٔ بعدی صحیح است ولی بیع فضولی برای خویش از اصل باطل است، و وجوهی برای

بیان فرق بینهما آورده‌اند که برخی از این وجوه مخصوص بیع غاصب (مصداق غالب این مسئله) و برخی دیگر عامّ بوده و جمیع صور مسئله را شامل است. ذیلاً این وجوه را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهیم: (در مجموع پنج وجه است.)

قوله: منها:

وجه اوّل همان اخبار و روایاتی است که دلیل دوّم از ادلّه قائلین به بطلان در مسئلهٔ اولی بود و تحت عنوان سنّت ذکر شده و هشت روایت بود که در اینجا به اهمّ آنها یعنی دو حدیث نبوی استناد شده:

۱ـ **لاتبع مالیس عندک.** ۲ـ لا بیع الّافی ملک که اوّلی نهی ارشادی بود و ارشاد به فساد بیع داشت یعنی بیع **مالیس عندک** باطل است، دوّمی هم نفی جنس بود و بر نفی صحّت حمل شد و نتیجه این شد که فقط بیع در ملک صحیح است و بیعی که در ملک انسان نباشد باطل است.

کیفیت استدلال: در این روایات دو احتمال وجود دارد:

۱ـ اطلاق داشته باشند: یعنی بیع مال مردم باطل است چه بایع این اموال را برای مالکین آنها بفروشد و چه برای خودش بفروشد. که به اطلاقش مسئلهٔ سوّم را می‌گیرد.

۲ـ اختصاص به مسئله سوّم و بیع فضولی لنفسه داشته باشند و دلالت کنند که: این بیع باطل است و کاری به بیع فضولی للمالک نداشته باشند.

طبق هر دو احتمال قابل استدلال هستند ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: **بناءً علی...** یعنی ما به این اخبار بنابر احتمال دوّم یعنی اختصاص استدلال می‌کنیم (تا فرق باشد میان بیع فضولی برای مالک و بیع فضولی برای خودش وگرنه طبق احتمال اوّل و (اطلاق) فرقی نخواهد بود، و علی الفرض برخی از مجوزّین در بیع للمالک، **جزء ما نعین بیع لنفسه هستند.)**

ضمناً در اوّل این وجه کلمهٔ اطلاق ما تقدم آمده و مراد از اطلاق این است که، بیع فضولی لنفسه مطلقاً باطل است یعنی نه برای فضولی واقع می‌شود و نه برای مالک اصلی.

قوله: والجواب:

مرحوم شیخ می‌فرماید: آن مقداری که از این روایات استظهار می‌شود اینست که: بیع فضولی برای خود بایع فضولی واقع نمی‌شود و «**لا تبع مالیس عندک**» یعنی بی‌جهت زحمت نکش و این معامله را انجام نده که برای تو واقع نمی‌شود، و ما نیز این را قبول داریم، ولی منافاتی ندارد که با اجازهٔ بعدی مالک برای خود مالک اصلی واقع شود و اخبار مذکور این امر را متعرض نیست و از این حیث ساکت است و به حکم اطلاقات و عمومات حکم به صحّتِ آن می‌نمائیم.

قوله: و منها:

وجه دوم: مسئله سوّم را برمسئله دوّم مبتنی کرده‌اند و گفته‌اند: معمولاً وقتی غاصب مال مردم را غصب کرده و برای خود می‌فروشد خود غصبیّت امارهٔ کراهت و منع مالک است و از اوّل راضی به این معامله نیست پس منع درونی سابق دارد و در مسئله دوّم گفته آمد که: منع سابق مضر است و شرط صحّت بیع فضولی آن است که سابقاً و پیش از معامله منع و نهی و کراهتی در بین نباشد، که علی الفرض در مورد غاصب هست، پس این بیع فاقد شرط صحّت است و **اذا انتفی الشرط انتفی المشروط** یعنی این بیع هم باطل است.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ به سه بیان از این وجه جواب داده‌اند:

الف: بحث ما در مسئله سوّم اختصاص به غاصب ندارد تا بگوئید: در این مورد امارهٔ عدم وجود رضا دارد... بلکه بحث اعّم است و شخصی را هم که با اعتقاد به مالکیّت مال مردم را می‌فروشد شامل است و در مورد او کراهت و منعی نیست.

ب: غصبیّت امارهٔ عدم رضایت است ولی قدر مسلّم امارهٔ عدم رضا بر وقوع بیع برای غاصب است یعنی مالک اصلی راضی نیست که معامله برای غاصب واقع شود، ولی امارهٔ بر عدم رضا به اصل البیع نیست، ای چه بسا به اصل بیع راضی باشد، و خلاصه از این جهت غاصب و غیر غاصب فرقی ندارد گاهی غاصب می‌فروشد ولی مالک اصلی راضی به بیع او هست و آن را اجازه می‌کند و بیع برای مالک واقع می‌شود. و گاهی غیر غاصب می‌فروشد ولی مالک اصلی راضی نیست و اجازه نمی‌دهد.

ج: اصل مبنای استدلال شما را قبول نداریم زیرا شما مسئله سوّم را بر مسئله دوّم مبتنی کردید و گفتید: در صحّت معامله عدم سبق نهی شرط است... ولی ما در مسئله دوّم ثابت کردیم که چنین چیزی شرط نیست و منع سابق قادح نیست، حتّی اگر نهی صریح بکند باز اجازهٔ بعدی صحیح است تا چه رسد به مجرّد کراهتِ نفسانی نسبت به بیع.

قوله: ومنها:

وجه سوّم: شخص فضول وقتی مال مردم را برای خودش می‌فروشد و قصدش این است که معامله برای او واقع شود، در واقع قصد معاوضهٔ حقیقیّه ندارد «صغری» و هر جا که قصد معاوضهٔ حقیقیّه نباشد و صرفاً عقد صوری، ظاهری و شکلی باشد عقد باطل است «کبری» پس بیع فضولی لنفسه باطل است «نتیجه».

بیان صغری: معاوضهٔ حقیقی آن است که :مثمن از ملک هرکسی خارج شد ثمن در ملک همان کس داخل شود تا مبادله و جابجائی صدق کند و معنا ندارد که مثمن از ملک مالک اصلی خارج شود ولی ثمن در ملک بایعِ فضولی داخل شود، پس در حقیقت فضولی مال مردم را مجّاناً به دیگری اعطا کرده و در عوض ثمن را هم برای خود اخذ کرده است و این بیع نیست بلکه تملیک مال مردم به دیگران به صورت مجّانی است. و بیان کبری و نتیجه روشن است.

قوله: و الجواب:

اوّلاً این وجه اختصاص به بیع غاصب دارد، زیرا غاصب به غصبیت و ملک مردم بودن عالم است و با چنین علمی قصد معاوضهٔ حقیقی مشکل است، ولی بحث ما در مسئله سوّم مخصوص بیع غاصب نیست، بلکه بیع کسی را هم که به اعتقاد مالک بودن می‌فروشد شامل است و در اینجابلاشک فروشنده قصد معاوضهٔ حقیقی دارد.

و ثانیاً در مورد غاصب هم قصد معاوضهٔ حقیقی وجود دارد، به این صورت که: فرد غاصب اوّل خود را نازل منزلهٔ مالک قرار می‌دهد و ادّعای مالکیّت می‌کند و یا غیر غاصب اوّل عقیدهٔ به ملکیّت پیدا می‌کند، و بدنبال این جعل و فرض و تنزیل، حقیقیتاً و جداً قصد معاوضه کرده و مال مردم را برای خود می‌فروشد، البته به صرف جعل و تنزیل وی حقیقتاً مالک نمی‌شود ولی معامله‌ای که بر این جعل و اعتبار مبتنی می‌شود یک معاوضهٔ حقیقی است.

تنظیر: مانحن فیه از قبیل حقیقت ادعائی سکّاکی است که تصرّف در یک امر عقلی است نه وضعی و استعمالی، یعنی اوّل در عالم ادّعا و فرض، رجل شجاع را فردی از اسد و حیوان مفترس فرض می‌کنیم و بدنبال این تنزیل وقتی می‌گوییم: «**رأیتُ اسداً**» مجازگوئی نکرده‌ایم بلکه کلمه اسد را در خود حیوان مفترس استعمال کرده‌ایم و بر فرد ادّعائی اش تطبیق کرده‌ایم

نتیجه: بیع فضولی لنفسه از لحاظ قصد معاوضهٔ حقیقی کمبودی ندارد، پس مانعی ندارد که با اجازهٔ بعدی مالک برای او واقع شود.

قوله: نعم:

اگر می‌خواهید بدانید که کجاها بیع فضولی لنفسه باطل است و فضولی قصدِ معاوضهٔ حقیقی ندارد، ما موردش را می‌آوریم: مال مردم را برای خود بفروشد یعنی قصدش این باشد که ثمن به ملک او درآید. ولی نه مالک حقیقی و واقعی مثمن است و نه ادّعای مالکیّت دارد (آنگونه که در بیع غاصب است که معمولاً خود را مالک دانسته و بیع می‌کند) و نه اعتقاد به مالکیّت دارد (در مواردی که جهل مرکّب دارد و خیال می‌کند که مالک فلان مال است در حالی که مالک نیست.) بدون تمام اینها می‌گوید: بعتُ فلان مال را... اینجا است که معاملهٔ مذکور کلاً باطل است یعنی نه برای فضولی واقع می‌شود و نه با اجازهٔ بعدی برای خود مالک واقع می‌شود، چرا که معاوضهٔ حقیقی در بین نیست و صرفاً صورتِ معامله در کار است، و چنین چیزی بیشتر به شوخی می‌ماند تا به معاملهٔ جدّی، و قهراً قابل لحوق اجازه نیست.

قوله: و لذا ذکروا:

این فراز شاهد صدق بر مطلب فراز قبلی است که با عنوانِ «نعم» ذکر شد: اگر کسی با مال خویش برای دیگران متاعی را خریداری کند که ثمن از ملک مالک اصلی خارج شود و جای ثمن در ملک او و جیب او خالی شود ولی مثمن جای خالی ثمن را پر نکند و به ملک وی درنیاید بلکه ملک شخص دیگر شود و دست او را پر کند. در چنین موردی فقهاء حکم به بطلان شراء کرده‌اند و گفته‌اند: نه برای مالک اصلی واقع می‌شود و نه برای فضولی.

البته در این شراء سه احتمال مطرح است:

۱ـ منظور این باشد که اوّل با پول خودش جنسی را برای خود خریداری کند و سپس آن متاع را به دیگری هبه و هدیه و در یک کلام تملیک کند.چنین چیزی بلامانع است و نظیرش را قبلاً در مسئلهٔ: **اِشْتَرْ بمالی لنفسک طعاماً** آوردیم.

(۲ـ منظور این باشد که مالک اصلی وی را به منزلهٔ مالک فرض کرده و برای او جعل مالکیّت کند و سپس با پول خود برای او متاعی خریداری کند. که این مجرّد فرض و بعید است و شیخ اعظم متعرّض نیست.)

۳ـ بدون ادّعای مالکیّت برای غیر نسبت به ثمن و بدون اعتقاد به مالکیّت او با مالِ خود برای دیگران متاعی خریداری کند، باز قطعاً باطل است زیرا معاوضهٔ حقیقی نیست.

قوله: و قد تخیّل:

بعضی از محقّقین فرموده‌اند: بطلان معامله در فرع مذکور (شراء با مال خود برای دیگران) مستلزم بطلان بیع در ما نحن فیه است (بیع مال مردم برای خود) زیرا ما نحن فیه عکس فرع مذکور است (فرع مذکور با مال خود برای دیگران چیزی خریداری کند و ما نحن فیه مال دیگران را برای خود بفروشد.) و قانون منطقی آن است که: کلّما صدق الاصل صدق العکس، یعنی هر حکمی اصل داشت فرع هم دارد، و اصل یا مورد مذکور باطل است پس عکس و ما نحن فیه هم باطل خواهد بود.

قوله: و قد عرفت:

مرحوم شیخ در رد تخیّل مذکور می‌فرماید: ما نحن فیه عکس فرع مذکور نیست؛ زیرا ما نحن فیه فرض تنزیل و جعل و ادّعایا اعتقاد به مالکیّت است و بر این اساس قصد بیع می‌کند ولی فرع مذکور در موردی است که خریدار و مالک اصلی نه اعتقاد به مالکیّت طرف دارد و نه او را به منزلهٔ مالک فرض می‌کند و صرفاً بیع صوری است.

آری عکس فرع مذکور مطلبی است که تحت عنوان نعم آوردیم: فضولی مال مردم را برای خود بفروشد آنهم بدون ادّعای مالکیّت یا اعتقاد بدان...و این در حکم تابع آن اصل است و چنانچه شراء مذکور در **مَنِ اشتری بماله...** باطل است، بیع مذکور(باع مال غیره لنفسه) هم باطل است چون در هر دو قصد معاوضهٔ حقیقی ندارد.ولی ما نحن فیه از این قبیل نیست و فرض کلام ما در جائی است که: با ادّعا و تنزیل معامله را انجام

می‌دهد و در اینجا می‌گوییم: با اجازۀ لاحق برای مالک اصلی واقع می‌شود وگرنه اگر ادّعائی نباشد که معاوضۀ حقیقی نیست و اجازه هم به جائی بند نمی‌شود.

قوله: لانّ المفروض:

مرحوم شهیدی فرموده: **ای مفروض البحث بین الاصحاب انّما کان فی بیع الغاصب الذّی لو اجازه المالک کان البیع له و لایکون کذالک الاّ فی صورة التنزیل المذکور، و معلوم انّ هذه الصورة لیست ما هو المراد من المثال اعنی الشراء بماله لغیره من دون تنزیل الغیر منزلة نفسه حتّی یلزم من بطلانه بطلان ما نحن فیه و انّما عکسه بیع الغاصب لنفسه بدون التنزیل المذکور و لا ریب فی بطلانه**[1].

قوله: و منها:

وجه چهارم از وجوه بطلان: شخص فضول مال مردم را برای خود می‌فروشد و قصدش آن است که بیع مزبور برای خود او واقع شود و ثمن به ملک او درآید، آنگاه وقتی مالک اصلی بعداً این بیع را اجازه می‌کند و شما حکم به صحّت می‌کنید منظور چیست؟ مالک اصلی چه چیز را امضاء می‌کند؟ از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا همان را که فضولی قصد کرده است امضاء می‌کند و شما حکم به صحّت می‌کنید، چنین اجازه‌ای با صحّت بیع منافی است زیرا از طرفی صحّت بیع عبارتست از وقوع معامله برای مالک اصلی و صیرورت ثمن برای مالک واقعیِ مثمن، و از طرفی هم معنای اجازۀ همان معامله با همان قصد آن است که: معامله برای فضولی واقع شود و ثمن ملک او گردد و ایندو متنافیان هستند.

۲ـ و یا غیر آن را امضاء می‌کند یعنی فضولی قصدش بیع لنفسه بوده ولی مالک اصلی بیع را برای خودش اجازه می‌کند نه برای فضولی، چنین چیزی سر اُز عقد جدید و مستأنف در می‌آورد و ربطی به عقد قدیم و اجازه آن ندارد و از بحث خارج است.

قوله: فیکون:

در واقع جان کلام در وجه رابع آن است که: «**مٰا اُنْشِیءَ لم یُجَزْ و مٰا اُجیزَ لم یُنْشَیء**» یعنی آن بیع و عقدی که از سوی فضولی انشاء شد (که لنفسه بیع کرده) مالک اصلی آن را

---

۱. **هدایة الطالب، ص ۲۷۷.**

اجازه نداده است تا صحیح باشد، و آن را که مالک اصلی اجازه داده (وقوع بیع للمالک) از اصل انشاء نشده است و چیزی که انشاء نشده اجازه‌اش معنی ندارد. پس هر طوری محاسبه کنیم بیع فضولی باطل است.

قوله: و قد اجاب:

مرحوم محقّق قمی[۱] در جواب از وجه چهارم فرموده: اجازه‌ای که در بیع فضولیِ معهود و متعارف (بیع فضولی للمالک) مطرح بود با اجازه‌ای که در ما نحن فیه (بیع فضولی لنفسه) مطرح است متفاوت است:

اجازه در بیع فضولی معمولی عبارتست از: امضاء نفس عقد سابق و مُنْشَیء با مُجاز تطابق دارند یعنی همان را که فضولی انشاء کرده مالک نیز همان را امضاء کرده است.

ولی اجازه در ما نحن فیه به معنای تصحیح بیع فضولی و **صرف البیع عن الفضولی و اضافة البیع الی المالک** است، به عبارت دیگر: حقیقت اجازه عبارتست از تبدیل مالک اصلی رضای غاصب به بیع و وقوع بیع برای غاصب را، به رضای خود مالک و وقوع بیع برای نفس مالک پس حقیقت اجازه تبدیل عقدی به عقد دیگر است.

وی نظیر این مطلب را در مسئلهٔ: «**من باع شیئاً ثم ملکه فاجاز**» هم فرموده:[۲] اوّل فضولی مال مردم را برای مالکین آنها فروخته بود و سپس خودش آمد و آن را خریداری کرد و پس از مالک شدن بیع فضولیِ خود را اجازه کرد و این اجازه یعنی تبدیل معامله از اینکه برای مالک اصلی واقع شود به اینکه برای خود عاقد واقع شود.

و در جای دیگر صریحاً فرموده[۳]: اجازه در چنین موردی عبارتست از انشاء تبدیل عقدی به عقد دیگر یعنی آن معامله‌ای را که فضولی روی عین خارجی برای خودش انجام داده بود نفس همان را برای خود قرار دادم و عقد او را به عقد خود تبدیل کردیم، در نتیجه اجازهٔ مذکور نوعی عقد جدید است چنانچه یکی از اقوال در اجازه همین است. پس اجازه در ما نحن فیه با اجازه در بیع فضولی متداول از حیث ماهیّت فرق دارند. و اشکال مذکور وارد نیست.

---

۱. جامع الشتات، ج ۲، ص ۳۱۹.
۲. جامع الشتات، ج ۲، ص ۳۲۰.
۳. جامع الشتات، ج ۲، ص ۲۷۶.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ به میرزای قمی دو ایراد دارند:

۱ـ طبق فرمایش شما اجازه عقد جدیدی است که هم جانشین ایجاب و هم قبول است زیرا علی الفرض اجازه امضاء عقد سابق که نیست، و علی الفرض بدنبال اجازۀ مالک قبول مجدّد و رضایت ثانوی از سوی مشتری ملحق نشده تا مشکلی نباشد، و قبول قبلی هم که قابل الحاق به اجازۀ بعدی نیست زیرا با یکدیگر تطابق ندارند چون قبول قبلی به معنای تملّک مبیع از بایعِ فضولی و تملیک ثمن به او است و اجازۀ بعدی به معنای تملّک مبیع از مالک اصلی و تملیک ثمن به مالک است، و مشتری به آن ایجابی که مغایر با مؤدّای اجازه است راضی شده نه به اینکه مفاد اجازه است، در نتیجه اگر اجازه را عقد جدید دانستیم ـ لازمه‌اش آن است که هم قائم مقام ایجاب مالک باشد و هم جانشین قبول قابل و مشتری و چنین چیزی هم خلاف اجماع است (احدی این مطلب را نگفته) و هم خلافِ عقل است. (به قول مرحوم سیّد: **الشیئی لا ینقلب عمّا وقع علیه** و عقد قبلی برای فضولی واقع شده و اجازه نمی‌تواند آن را منقلب کرده و برای مالک اصلی واقع سازد.[1] و به قول بعضی محشیّن: عقد مرکبّ است و مرکّب بدون اجزاء تمام نیست و اجازه یک امر است و یک امر نمی‌تواند مرکّب و دو جزئی باشد بلکه حدّاکثر قائم مقام یک جزء است.[2])

۲ـ محقّق قمی در پایان کلامش فرمود: **کما هو احد الا قوال فی الاجازة**، مرحوم شیخ می‌فرماید: احدی این مطلب را نگفته که اجازه عقد جدید باشد، آنچه هست مطلبی از کاشف الرموز[3] است که از استاد مرحوم محقّق نقل کرده که ایشان فرموده: اجازۀ مالک بیع جدیدی است که به جای بعتُ به لفظ اجزت انشاء شده، و چنین اجازه‌ای قائم مقام ایجاب است و به انضمام قبول قبلی معامله تمام می‌شود، ولی این حرفها مربوط به بیع فضولیِ معمولی است که بیع برای مالک بوده و اجازه نسبت به آن مفید است ولی در مسئله سوّم که بیع برای خود فضولی بوده و مشتری هم با قبولش مثمن را از بایع تملّک کرده و ثمن را به بایع تملیک کرده واجازۀ مالک می‌خواهد آن رابرای مالک اصلی

---

۱. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۴۲. ۲. ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۳۲۲

۳. کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۴۵ ـ ۴۴۶.

درست کند حتماً احتیاج به قبول جدید دارد و اکتفا به مجرّد اجازۀبایع که معنایش تبدیل رضای غاصب به رضای مالک باشد، در واقع ملتزم شدن به کفایت رضایت بایع و انشاء او و بی‌نیازی از رضایت و انشاء مشتری است و این همان است که قبلاً آوردیم که هم خلاف اجماع است و هم خلاف حکم عقل. پس جواب محقّق قمی از وجه چهارم ناتمام است.

قوله: فالاولی فی الجواب:

جواب مرحوم شیخ از وجه چهارم: در بیع فضولی لنفسه هم اجازۀ مالک به معنای امضاء بیع فضولی است و اینکه گفتید: مُجاز غیر از **مُنْشَیء** است ما قبول نداریم و مدّعی هستیم که دقیقاً همان راکه فضولی انشاء کرده مالک اصلی هم همان را اجازه کرده و مجاز همان **مُنْشَیء** است و **ما اُنْشِیَء اُجیزَ**، پس تطابقِ کامل میان اجازه و عقد فضولی وجود دارد و اشکال وارد نیست، توضیح مطلب: فضولی که در مقام بیع مال مردم برای خویش بر می‌آید و انشاء بیع می‌کند و می‌گوید: «**بعتک یا ملّکتک هذا الثوب بماءة درهم مثلاً**» دو قصد در طول یکدیگر دارد:

۱ـ قصد اصلی و مدلول مطابقی: مقصود اصلی بایع فضولی و هر عاقد و موجبی از ایجاب و انشاء عبارتست از: انشاء تملیک عین به عوض یعنی باگفتنِ **بعتُ هذا الثوب**، این عین را به مشتری تملیک می‌کند و چون هبه و هدیه و مانند آن نیست که تملیک مجّانی باشد بلکه بیع است عوض هم‌دارد و لذا می‌گوید: **بعوضٍ یا بماءة درهم**، ولی در متن انشاء اصلاً مطرح نشده که آیا عوض یا ثمن ملک خود بایع فضولی باشد یا ملک مالک اصلی باشد؟ و ایجاب بیع از این حیث ساکت است، آنگاه از خارج باید بدست آوریم که ثمن به چه کسی تعلّق می‌گیرد؟ منظور از خارج همان مقتضای معاوضه و مبادله است که معنی ومفهوم معاوضه ومعادله آن است که:معوض و مثمن از ملک هر کس خارج شد ثمن هم به ملک همان کس داخل شود تا عنوان معاوضه و مبایعه صدق کند.

۲ـ قوله: و حیث:

قصد فرعی و مدلول التزامی: از آنجاکه در بیع لنفسه وقتی فضولی درصدد بیع برآمده و در مقام انشاء بیع و تملیک مال مردمان برای خودش بنا را بر مالکیّت گذاشته و ادّعای مالکیت می‌کند و خود را مالک می‌بیند و می‌فروشد یا خود را مالک می‌پندارد و با این

اعتقاد می‌فروشد، قهراً لازمهٔ این ادّعا یا اعتقاد آن است که: قصدش این باشد که در مقابل، ثمن هم به ملک او داخل شود ـ ولی این امر مدلول التزامی ایجاب است.

حال مالک اصلی که بعداً اجازه می‌کند همان مقصود اصلی و مطابقی یعنی نفس انشاء تملیک عین به عوض را امضاء می‌کند و باز سخن از اینکه ثمن مال کی باشد در میان نیست و از خارج به حکم معاوضه و به مقتضای قانون مبادله می‌گوییم: ثمن ملک کسی می‌شود که مثمن از ملک او خارج شده، و لاریب در اینکه مثمن از ملک مالک ادّعائی یا اعتقادی خارج نگشته تا ثمن به ملک او درآید، بلکه از ملک مالک اصلی و واقعی خارج شده و با اجازهٔ او ثمن هم در ملک او داخل می‌شود.

حال با تحلیلی که کردیم مانحن فیه از باب دوران بین المحذورین نیست که «**ما أُجیز لِمَ یُنشیء و ما أُنشیء لم یُجز**» و به عبارت دیگر: اجازه به همان بیع لنفسه می‌خورد یا به غیر آن و هر کدام باشد اشکال دارد، خیر در مانحن فیه همان که توسّط فضولی انشاء شده (تملیک عین به عوض) همان توسّط مالک اصلی امضاء شده است و مابقی مقتضای معاوضه و مدلول التزامیِ آن است و ربطی به خود **مُنْشَیء** ندارد.

قوله: و لکن:

جواب ما هم کامل نیست و همهٔ مشکلات را بر طرف نمی‌کند.

زیرا گاهی فضولی بایع است و در مقام انشاء می‌گوید: «**بعتک یا ملّکتک یا بعتُ و ملکتُ هذا الثواب بکذا و...**» در اینجا مشکل حلّ شد. و گاهی فضولی مشتری است و در مقام قبول می‌گوید: «**اشتریتُ او شریتُ هذا الثواب بمأة درهم**» باز مشکل قابل حلّ است چرا که وی بالمطالقه و مستقیماً شراء و تملّک ثوب به عوض صد درهم را انشاء کرده و امّااینکه مثمن و معوض به ملک چه کسی داخل می‌شود مطرح نشده (و لذا سابقاً از زبان محقّق تستری آوردیم که تعیین مالکین لازم است.) و این جهت از مقتضایِ معاوضه فهمیده می‌شود و... باز اجازهٔ مالک اصلی کار را درست می‌کند و انشاء تملّک برای او واقع می‌شود همان بیانی که در بیع فضولی لنفسه گفتیم.

ولی گاهی مشتری در مقام شراء فضولی می‌گوید: «تملّکتُ هذا الثوب بماءة درهم،» یا می‌گوید: «مَلِکْتُ هذا بکذا» و مستقیماً برای خود انشاء شراء و تملّک می‌کند و می‌گوید: خودم مالک شدم و خودم تملّک کردم و... و انشائش مقیّد است به این که

لنفسه باشد و اطلاق ندارد.

حال در چنین مواردی اشکال چهارم به قوّت خود باقی است که کسی بگوید: مالک اصلی که بعداً شراء فضولی را اجازه می‌کند چه چیزی را اجازه می‌کند؟ آیا همان را که فضولی انشاء کرده او امضاء می‌کند؟ اینکه به درد مالک نمی‌خورد و منافی با صحّت است. و یا غیر آن را امضاء می‌کند یعنی وقوع شراء را برای خود اجازه می‌دهد؟ اینهم که از اوّل انشاء نشده تا اجازهٔ بعدی به آن برگردد، «**فما أُجیزَ لم ینشیء و ما أُنشِأ لم یجز**»، و برای رفع اشکال چاره‌ای نداریم که سخن میرزای قمی را بپذیریم و اجازه را نقل جدید و مستأنف بدانیم.

قوله: و بالجمله:

این فراز در واقع نظیری برای فراز قبلی و توسعهٔ اشکال است و آن این که: اگر فروشنده مالک اصلی باشد و خریدار فضولی و بایع در مقام انشاء بگوید: «ملّکتک هذا بکذا» یعنی به شمای مخاطب (شخص فضول) این پارچه را تملیک کردم و مستقیماً برای شخص مخاطب انشاء تملیک عین به عوض نماید و فضولی هم بگوید: قبلت یعنی همین انشاء برای خودم را پذیرفتم، باز کار اجازه زار و مبتلا به اشکال است زیرا مالک اصلی یا همان را که فضولی انشاء کرده اجازه می‌کند؟ اینکه به حال او فائده‌ای ندارد. یا غیر آن را اجازه می‌کند؟ اینهم که اساساً انشاء نشده پس اشکال به قوّت خود باقی است.

ضمناً به عقیدهٔ ما فرقی میان صورت علم و جهل نیست یعنی چه بایع که مالک اصلی است و «ملّکتک» با کاف خطاب می‌گوید و مستقیماً شخص فضول را مخاطب قرار می‌دهد. و برای او انشاء تملیک می‌کند: بداند که طرف فضولی است، یااز این امر اطّلاع نداشته باشد، در هر حال اشکال موجود است.

قوله: و بهذا استشکل:

علّامه هم در تذکره همین اشکال را مطرح کرده و فرموده:

اگر فضولی مال مردم را به دیگری بفروشد (البته فرض شراء فضولی هم همین حکم را دارد) و طرف معامله جاهل به فضولیّت باشد (در کلام علاّمه فرض جهل مطرح شده ولی عندنا فرق نداشت) و به خیال اینکه فروشنده مالک اصلی است بگوید: «**اشتریت منک**» و مستقیماً انشاء تملیک ثمن برای فضولی بکند آیا با اجازهٔ مالک اصلی

این معامله صحیح است؟ فرموده: «فیه اشکالٌ» و منشأ اشکال هم آن است که غیر فضولی (یعنی مشتری در فرض علّامه) قصدش تملیک ثمن به شخص عاقد و موجب است غافل از اینکه وی مالک نیست [1] و لذا همان اشکال هست که: **«ما أنْشِأَ لم یجز و ما أُجیز لم یُنْشَیء.»**

قوله: ولا ینتقض:

شیخ اعظم می‌فرماید: اگر کسی به ما اشکال نقضی کرده و بگوید:

فقهاء می‌گویند: اگر شخصی متاعی را فروخت و مستقیماً او را مخاطب قرار داد و گفت: ملّکتک و نمی‌دانست که وی مالک اصلی نیست بلکه وکیل یا ولّی است و بر اساس جهل به وکالت و ولایت گفت: «بعتک یا ملّکتک» و... چنین معامله‌ای صحیح است و برای موکّل یا مولّیٰ علیه واقع می‌شود. حال چه اشکال دارد که ما نحن فیه هم از این قبیل باشد یعنی بایعی که جاهل به فضولیّت مشتری است و می‌گوید: «ملکتّک...» بگوییم: این معامله صحیح است و برای مالک اصلی واقع می‌شود؟ چرا در مورد جهل به وکالت آن حرف را می‌زنید و در مورد جهل به فضولی بودن نمی‌زنید؟

در جواب می‌فرمایند: قیاس مع الفارق است زیرا در مورد جهل به وکالت معمولاً مخاطب به عنوان اعمّ مدّ نظر است زیرا برای فروشنده مهم نیست که خریدار برای خود می‌خرد یا برای موکّل و مولّیٰ علیه‌اش و لذا حتیٰ در فرض علم به وکالت و نیابت هم می‌تواند مستقیماً به او خطاب کرده و بگوید: بعتک و این تصویر صحیحی ندارد مگر اینکه منظور از کاف خطاب اعمّ از اصلی و مأذون باشد. ولی در مورد فضولی چنین نیست، فروشنده وقتی به کسی خطاب می‌کند و ملّکتک می‌گوید: منظورش این نیست که: چه مالک باشد و چه فضولی فروختم، خیر اگر بداند فضولی است قطعاً نمی‌فروشد و خریداری نمی‌کند ولی به گمان این که مالک اصلی است شخص او را در نظر گرفته و به او می‌فروشد و چون قصد تملیک برای شخص او شده اجازهٔ بعدی محذور پیدا می‌کند. پس کماکان اشکال باقی است.

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.

قوله: و قد تفّطن:

مرحوم صاحب مقابیس هم به اشکال موجود در «تملّکت و مِلِکتُ» و مانند آن پی برده و لذا در صدد جواب برآمده و دو نوع جواب داده که هیچکدام قابل قبول نیست:

۱ـ فرموده: ما ملتزم می‌شویم به اینکه: شراء فضولی لنفسه با صیغهٔ «تملّکت» و مانند آن باطل است و با اجازهٔ بعدیِ مالک هم قابل تصحیح نیست.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این التزام بر خلاف فتوای مشهور و اکثر ادلّه و اخبار است که حکم به صحّت این معامله کرده‌اند (البته بر فرض اجازهٔ مالک) خوشبختانه خود صاحب جواهر هم به این مطلب اعتراف کرده و قول به بطلان را مخالف ادلّه و مشهور دانسته.

۲ـ فرموده: در شراء فضولی لنفسه با لفظ «تملّکت» دو قصد وجود دارد:

الف) قصد اصل شراء و انشاء تملّک عین به مال قطع نظر از این که چه کسی مالک مثمن می‌گردد. ب) قصد خصوصیّت شراء و این که انشاء مذکور لنفسه و برای خود مشتری باشد.

و اجازهٔ مالک به قصد اوّل و انشاء تملّک، تعلّق می‌گیرد و آن را صحیح می‌کند و کاری به خصوصیّت ندارد و بعد به مقتضای معاوضه معلوم می‌گردد که مثمن ملک مشتری فضولی است؟ یا مالک اصلی؟[1]

مرحوم شیخ می‌فرماید: وجداناً در اینجا دو انشاء و دو قصد طولی نیست بلکه یک انشاء خاص و مقیّد وجود دارد و همان هم مقصود فضولی است و آن انشاء تملّک لنفسه است، آنگاه اجازهٔ مالک اگر به همین انشاء خاص تعلّق بگیرد که به حال مجیز فائده ندارد و اگر به غیر آن بار شود که غیر آن اصلاً انشاء نشده است. پس کماکان اشکال باقی است و با اجازهٔ مالک کار درست نمی‌شود آری اگر مالک اصلی بخواهد مالک مثمن شود باید نقل جدید و معاملهٔ تازه‌ای با فروشندهٔ اصیل انجام دهد.

قوله: و الانسب فی التفصّی:

جواب قبلی ما که در «**فالاولی الجواب...**» آوردیم ناقص بود، حال می‌گوییم: مناسبترین

---

۱. مقابس الانوار، ص ۱۳۱ ـ ۱۳۲.

راه حلّ و راه فرار از وجه چهارم قول به بطلان آن است که چنین بگوییم: شخص فضولی که می‌گوید: «تملّکت منک هذا الثوب بکذا،» یا می‌گوید: «مَلِکْتُ منک...» و ملکیّت ثوب را به خود نسبت می‌دهد و برای خود انشاء تملّک می‌کند. یا مالک اصلی که به مشتریِ فضولی خطاب کرده و می‌گوید: «ملّکتک هذا الثوب بکذا،» و ملکیّت ثوب را به فضولی نسبت می‌دهد و با کاف خطاب مستقیماً برای خود فضولی انشاء تملیک می‌کند، منظورشان چیست؟ سه احتمال در این رابطه متصوّر است:

۱ـ منظور این باشد که فضولی به عنوان شخص خاص و فرد معیّن که مثلاً زید بن بکر است موضوعیّت دارد و انشاء تملّک برای فضولی بما هووفی نفسه است و نسبت ملک به فضولی به عنوان این است که: او ذات معیّنی هست (قطع نظر از حیثیّات دیگر از قبیل مالک بودن، مأذون بودن، عاقد بودن، و...)

۲ـ منظور این باشد که فضولی بما هو عاقدٌ و متکلّمٌ موضوعیّت داشته باشد و نسبت ملکیّت به او از این حیث باشد، انشاء تملّک برای خودش به این عنوان باشد.

۳ـمنظور این باشد که فضولی بما انّه مالکٌ موضوعیّت دارد و انشاء تملّک برای خودش از این حیث است و اگر ملکیّت مثمن را به خود نسبت می‌دهد از این باب است که خود را مالک می‌داند، و به این عنوان است که ادّعای مالکیّت دارد.

تردیدی نیست که از میان احتمالاتِ ذکر شده احتمال سوّم صحیح است، زیرا مکرّر گفته آمد که اگر فضولی بنا را بر ملکیّت نگذارد و ادّعای مالکیّت نداشته باشد و اعتقاد به آن هم نداشته باشد و بدون این حیثیّت بفروشد یا خریداری کند، آن معامله حقیقی نخواهد بود بلکه صوری و ظاهری است و قصد جدّی ندارد و به هزل اقرب از جدّ است.

پس کسی که در مقام انشاء می‌گوید: «تملّکت» و ملکیّت را به خود نسبت می‌دهد، این انتساب از این حیث است که خود را مالک می‌داند یعنی در حقیقت منسوب الیه شخص فضولی است ولی نه به عنوان انّه شخصٌ معیّنٌ ولا بما انه متکلّمٌ و عاقدٌ: بلکه بما انّه مالک، پس حیثیّت مالکیّت حیث تقییدی است:

«حیثیّت دو قسم است: ۱ـ تعلیلی ۲ـ تقییدی.

حیثیّت تعلیلی آن است که تمام الموضوع خود ذات است و حکم برای خود ذات

ثابت است و فلان حیثیّت علّت و فلسفهٔ ثبوت حکم برای موضوع است. مثلاً می‌گوید: اکرم زیداً لکونه عالماً که وجوب اکرام برای زید ثابت شده و حیث عالمیّت سبب وجوب اکرام زید است، و مثل «الخمر حرام لکونه مسکراً» و مثل: قطع مسافت واجب است لکونه مقدّمةً للواجب و...

و حیثیّت تقییدی آن است که: تمام الموضوع یا قید الموضوع همین حیثیّت است و حکم در واقع برای نفس این حیثیّت ثابت است مثل «**الصلوة واجبةٌ**» که ذات العمل بدون عنوان صلوتی وجوب ندارد تمام موضوع برای وجوب حیث صلوتی است، و مثل «اکرم العالم،» «المسکرُ حرام» و...)

و قانون حیث تقییدی آن است که: حکم در حقیقت برای نفس این حیثیّت ثابت‌است و اگر برای خود هم انشاء تملّک می‌کند به عنوان انّه مالکٌ است، پس در حقیقت تملّکت عبارتست از: انشاء تملّک برای مالک، نسبت دادن ملکیت به مالک و بعداً که مالک اصلی اجازه می‌کند همین امر مُنْشَیء را امضاء می‌کند، و بعد باید دید چه کسی حقیقتاً مصداق حیث مالکیّت و عنوانِ مالک بودن است تا معامله برای او واقع شود، و وقتی محاسبه می‌کنیم غاصب و فضولی مصداق حقیقی نیست او واقعاً مالک نیست، ادّعای مالکیّت دارد، یا اعتقاد خلاف واقع به مالکیّت دارد و... ولی مجیز و مالک اصلی مالک واقعی است و معامله برای او واقع می‌شود.

نتیجه: با این محاسبه دقیقاً همان راکه فضولی انشاء کرده (انشاء تملّک ثمن برای مالک) همان را مالک اصلی امضاء و اجازه کرده «**و ما اُنشِأ اُجیز**» و اشکالی هم نیست.

و بااین جوابی که دادیم در جمیع صور اشکال رفع می‌شود چه فضولی بایع باشد و بگوید: «بعتُ یا ملّکت هذا الثوب بماة درهم،» یا بگوید: «ملّکت هذا الثوب بکذا لنفسی» و قید «لنفسی» را بیاورد یا بگوید: «اشتریت بکذا،» یا «اشتریتُ لنفسی»، یا با لفظ مَلِکْتُ و تملکّت بگوید،یا طرف اصیل بگوید: «ملکتّک و بعتک» و... همه جا مطلب همان است که گفته آمد.

قوله: مع انّه:

ظاهر این تعبیر مُوهِمْ است زیرا گمان می‌شود که: فالانسب فی التّفصی جواب اوّل از اشکال مذکور (در مَلِکْتُ و تملّکت) بود، و این فراز جواب ثانی از آن است ـ غافل از

اینکه این فراز به اصل مطلب می‌خورد و جواب دیگری از وجه چهارم از وجوه بطلان است، بیان ذلک: تا به حال بر این مبنا جواب می‌دادیم که معاملهٔ فضولی لنفسه (چه بیعش و چه شرائش) با اجازهٔ مالک اصلی صحیح است و برای خود مالک واقع می‌شود و ابتدا با «**فالاولی فی الجواب**» از اشکال و وجه چهارم جواب دادیم و سپس با «**فالانسب فی التقّصی...**» ولی از حالا بر مبنای دیگر جواب داده می‌گوییم: ممکن است کسانی بگویند و ملتزم شوند به این که: معاملهٔ مذکور با اجازهٔ مالک اصلی صحیح است و برای خود فضولی واقع می‌شود(نه برای مالک اصلی) آنگاه کاملاً مُنْشَیء با مُجاز تطابق دارند و ما اُنْشِأ اُجیزَ و وجه چهارم ابطال می‌شود. (ضمناً با این وجه در مسئلهٔ بیع فضولی لنفسه سه قول پیدا می‌شود:

۱ـ عدّه‌ای فرمودند: چنین بیعی از اصل فاسد و باطل است و اجازهٔ بعدی هم مصحّح نیست.

۲ـ مشهور فرمودند: این نوع از معاملهٔ فضولی هم صحیح است و با اجازهٔ مالک اصلی برای خود مالک واقع می‌شود و مختار شیخ اعظم بود.

۳ـ عدّه‌ای هم می‌فرمایند: چنین معامله‌ای صحیح است و با اجازهٔ مالک اصلی برای خود فضولی واقع شود) مرحوم کاشف الغطاء در شرح قواعدش این وجه را فرموده[1] وکثیری از شاگردان بزرگوار او هم از وی پیروی کرده‌اند[2] و بعضاً دو دلیل هم برای این التزام آورده‌اند:

وجه اوّل: باب اجازه لاحق را به باب اذن سابق قیاس کرده‌اند: در باب اذن سابق نمونه‌های در معاطات ذکر شد که در اینجا سه نمونه را می‌آوریم:

۱ـ اگر شخص به مولائی بگوید: «**اَعْتِقْ عبدک عنّی**» یعنی عبد خودت را از طرف من آزاد کن، که ظاهراش این است: عبد مال تو باشد ولی آزادی برای من صورت پذیرد، و این مطلب قابل قبول نیست زیرا دلیل می‌گوید: «**لا عِتْقَ الّا فی ملکٍ**»، آنگاه چگونه ممکن است من مالکِ عبد نباشم ولی عتق برای من صورت پذیرد؟

حلّ مشکل به این بود که بگوییم: کلام مذکور(اَعتق عبدک عنّی)مستقیماً و بالمطابقه بر اذن در عتق دلالت دارد ولی ضمناً(بدلالت تبعی و التزامی)بر تملیک ضمنی

۱. شرح قواعد خطی، ص ۶۰.
۲. مقابس الانوار، ص ۱۳۲.

دلالت دارد و منظوراین است که: «**مَلِّکْنی عبدک ثم اعتقه عنّی**» یعنی اوّل آن را به من تملیک کن (یا استدعاء بیع و استیجاب است و یا وکالت در تملیک است) و سپس به وکالت از طرف من آزادش کن .

۲ـ اگر مالکی به دیگری بگوید: «**بِعْ مالی لنفسک**» یعنی کالای مرا برای خودت بفروش که ظاهرش این است متاع مال من باشد ولی بیع برای تو واقع شود، مثمن از ملک من درآید ولی عوض و ثمن به ملک تو داخل شود، و این به ظاهرش نامعقول است، زیرا «**لا بیع الّا فی ملکٍ**» و تو مالک نیستی پس چگونه بیع برای تو واقع شود و مالک ثمن گردی؟

حلّ مشکل به‌این است که: کلام مذکور بالمطابقه بر اذن در بیع دلالت دارد و بالتبع و الالتزام بر تملیک ضمنی دلالت دارد یعنی انت وکیلٌ که اوّل متاع را از طرف من به خودت هبه کنی و ملک تو شود و سپس مال خودت را برای خودت بفروشی.

۳ـ اگر سرمایه داری به شخص بگوید: «**اشتر بمالی لنفسک طعاماً**» یعنی با پول من برای خودت طعامی خریداری کن، ظاهرش‌این است که: پول از مال من خارج شود ولی طعام در ملک شما داخل گردد و این با مقتضای معاوضه ناسازگار نیست، پس چه باید کرد؟

راه حلّ‌این است که: کلام مذکور بالمطالقه بر اذن در شراء دلالت دارد و بدلالت ضمنی و تبعی بر تملیک دلالت دارد یعنی شما وکیل من هستید در اینکه مال مرا به خود تملیک کنید آنگاه با پول خودتان طعامی را برای خویش ابتیاع نمائید. (اینها را دلالت اقتضاء می‌نامیم که خود کلام اقتضای تقدیری دارد تا از لغویت و کذب و نامعقول بودن درآید. وگرنه به ظاهرش قابل اصلاح نیست.)

حال چه مانعی دارد که در باب اجازهٔ لاحق نیز همین حرفها را بزنیم؟ اجازهٔ بعدی مثل اذن قبلی است و فرقی ندارد که اوّل اذن در بیع یا شراء دهد و بگوید: «**بع مالی لنفسک**» یا «**اشتر بمالی لنفسک طعاماً**» یا اوّل فضولی این بیع لنفسه یا شراء لنفسه را انجام داده و بعداً مالک اصلی اجازه بکند، اجازه نیز دو کار می‌کند:

۱ـ بیع یا شراء مذکور را برای فضولی تصحیح می‌کند.

۲ـ دلالت می‌کند بر اینکه ضمناً متاع یا پول را به ملک مشتری در آوردم و تملیک

ضمنی را می‌رساند، آناً مّا قبل از بیع و شراء فضولی مالک شد و معامله در ملک خودش انجام شده و اجازهٔ بعدی کاشف از آن است و چنین معامله‌ای مانعی ندارد و با قواعد مخالف نیست.

پس با اجازهٔ لاحق برای شخص فضولی واقع می‌شود.

وجه دوّم: اصولاً ما هیچ دلیلی نداریم مبنی بر اینکه: حتماً باید عاقد حین العقد و آناً ما قبل از آن مالک مثمن باشد تا با این عقد و معامله ثمن به او منتقل شود، یا حتماً مالک ثمن باشد تا در عوض مثمن به ملک او درآید، بلکه کافی است که از طرف مالک اصلی مأذون باشد و حق داشته باشد مال مالک را برای خود بفروشد یا با مال مالک برای خود خریداری کند، و مستقیماً مال از ملک مالک اصلی به طرف معامله منتقل می‌شود ولی عوض آن به ملک مأذون داخل می‌شود، پس اگر مالک اصلی به شخص بگوید: «**بِعْ هذا لنفسک**» او هم بگوید: «**بعته بکذا**» مبیع مستقیماً از ملک صاحب اصلی به مشتری منتقل می‌شود و یک آن هم ملک بایع نشد ولی ثمن به ملک عاقد در می‌آید، و مانعی هم ندارد . یا اگر مالک اصلی بگوید: «**اشتر بهذا لنفسک طعاماً**» و مأذون در شراء بگوید: «**اشتریت کذا بکذا**» باز ثمن از مالک اصلی به فروشنده منتقل می‌شود ولی مثمن از فروشنده به عاقد و مشتری منتقل می‌شود و هیچ مانعی هم ندارد و لازم نیست حتماً مأذون مالک هم باشد.

(حال همین محاسبه در باب اجازه بعدی هم هست که فضولی گفته: «**بعت هذا الثوب بکذا**» یا گفته: «**اشتریت و تملّک هذا الثوب بکذا**» و مالک اصلی اجازه داد، مثمن یا ثمن از ملک مالک به طرف معامله منتقل می‌شود ولی عوض به ملک عاقدِ فضولی داخل می‌شود و همین اجازه برای این جهت کافی است و شرط دیگر ندارد).

قوله: و یتفرّع:

گویا کسی می‌پرسد: وجه دوّم با وجه اوّل در کجاها ثمره‌اش ظاهر می‌شود و عملاً از هم جدا می‌شوند؟ می‌فرماید: ثمره اینجا ظاهر می‌شود که: اگر اتفّاق افتاد و معاملهٔ بین فضولی و طرف اصیل فسخ شد (مثلاً اقاله کردند یا به یکی از اسباب و موجِبات فسخ بهم زدند) در اینجا طبق وجه اوّل که آناً مّا قبل از معامله فضولی مالک شده بود، بعد از فسخ مال به ملک فضولی بر می‌گردد نه مالک اصلی. ولی طبق وجه ثانی که فضولی

اصلاً مالک متاع نشد و مستقیماً از مالک اصلی به دیگری منتقل شد پس از فسخ معامله، مال به مالک اصلی عودت می‌کند و ربطی به فضولی ندارد.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ انصاری می‌فرماید: هر دو وجه قول سوّم (وقوع معامله برای خود فضولی) محلّ نظر و قابل مناقشه است:

امّاوجه اوّل: وجه اوّل یک قیاس بود یعنی اجازهٔ لاحق را به اذن سابق قیاس کردند...مرحوم شیخ از این وجه دو جواب می‌دهند:

۱ـ ما در خود اصل و مقیس علیه یعنی اذن سابق قبول نداریم که مجرّد اذن مالک در بیع مالش برای دیگری (**بع مالی لنفسک**) یا در شراء با مال دیگران (**اشتر بمالی لک طعاماً**) صحیح و مؤثر باشد و واقعاً معامله برای شخص مأذونِ غیر مالک واقع شود، خیر مجرّد اذن در تملیک سببِ مملّک نیست، باید جعل ملکیّت و انشاء ملکیّت باشد و بگوید: «**و هبتُ لک...**» یا «**و کلّتک**» و... و طرف هم برای خود انشاء تملّک کند (قولی یا فعلی) تا مالک شود و بیع برای او باشد، شراء برای او باشد و مجرّد اذن در بیع و اذن در تملیک و بناگذاریِ مأذون بر مالکیّت ثمن یا مثمن کافی نیست و یکی از موجبات ملک در اسلام نیست. و وقتی در مورد اذن سابق این حرفها را زدیم در اجازهٔ لاحق به طریق اولی مطلب از این قرار است و اجازه مؤثر در مالک شدنِ فضولی نیست.

۲ـ بر فرض در مورد اذن سابق بگوییم: نفس اذن در بیع یا شراء کفایت می‌کند و مخاطب مالک مثمن یا ثمن می‌گردد و معامله در ملک او صورت می‌گیرد، ولی باز قیاس باب اجازه به باب اذن **مع‌الفارق** است، بیان ذلک: در مورد اذن سابق فرض این است که قبل از اذن هیچ کاری انجام نشده بلکه ابتدا به ساکن انسان عاقل و شخص حکیم و یا معصوم می‌گوید: «**اعتق عبدک عنّی**»، «**بع مالی لنفسک**»، «**اشتر بمالی لک**» و... و این جملات به ظاهرش نامعقول و غیر قابل قبول است و معنا ندارد که: عبد مال دیگری باشد ولی عتق برای من محقّق شود، مثمن مال دیگری ولی معامله برای من واقع شود و در نتیجه ثمن به ملک من داخل شود و... و لذا به حکم **دلالت اقتضاء** (دلالتی که صحّت و صدق کلام عقلاً یا شرعاً یا لغةً بر آن متوقّف است و اگر آن دلالت نباشد کلام یا صحیح نیست و یا صادق نیست و حتماً تقدیری در کار است، مبسوطاً در آخر مبحث مفاهیم

اصول فقه بیان شده) **وصوناً لکلام الحکیم عن الکذب و اللّغویه** می‌گوئیم: منظور این است که: «**ملّکنی عبدک ثم اعتقه عنی وکالةً**»، «**انت وکیلی فی تملیک مالی لنفسک ثم بیعه لک**» و... که خلاصه مراد اینست که: آناً مّا قبل از عتق و بیع و شراء تو مالک می‌شوی و عتق در ملک تو و برای تو واقع می‌شود و بیع در ملک خودت و... و اینکه محذوری ندارد. ولی در باب اجازهٔ لاحق در معاملات فضولی قبلاً معامله‌ای واقع شده و فضولی مال مردم را برای خود فروخته یا با پول مردم برای خود چیزی خریداری کرده، البته از آنجا که بنا را بر مالکیّت خویش گذاشته و خود را مالک می‌داند (عدواناً اگر غاصب باشد یا اعتقاداً اگر جاهل به جهل مرکّب باشد.) قهراً قصد نفس کرده و نیّتش این است که: معامله برای خودش واقع شود و عوض در ملک خودش داخل شود.

آنگاه مالک اصلی که این مٰا وَقَعْ را اجازه و امضاء می‌کند از دو حال خارج نیست:

الف: یا اصل معامله را بدون بناگذاریِ فضولی بر رجوع بدل به او امضاء می‌کند، در این فرض اگر حکم به صحّت کردیم نتیجه‌اش آن است که: پس معامله برای خود مالک واقع شود، چون او مالک حقیقی است و مقتضای معاوضه‌این است که: هرکس مالک معوّض بود مالک عوض شود.

ب: و یا معامله با خصوصیّت بناگذاری فضولی بر تملّک خودش را امضاء کند در این فرض اگر چه نتیجه اجازه عود بدل به خود فضولی و دخول عوض در ملک او است ولی مرجع این اجازه به‌این است که: من بناگذاریِ فضولی را بر تملّک امضاء کردم ولی معلوم نیست این اجازه مؤثر باشدو موجب تحقّق متعلّق این بناگذاری (یعنی ملکیّت) بشود، بلکه دلیل بر عدم تأثیر اجازه در این جهت داریم و آن اینکه: در جواب اوّل گفته آمد: اذن سابق هم بناگذاری را صحیح و مؤثر نمی‌کند و سبب مملّک نیست و به صرف اذن در تملیک یا بناگذاری بر تملیک یا اذن در بناگذاری و قصد ملک ملکیّت نمی‌آید بلکه تحقّق ملکیّت در گرو سبب مملّک است، پس عدم تأثیر اجازهٔ لاحق در این امر به طریق اولی است، پس علی کلّ حالٍ وجهی برای وقوع بیع برای خود فضولی پیدا نشد.

قوله: و امّا الثانی:

وجه دوّم این بود که: ما دلیلی نداریم بر اینکه حتماً عاقد مالک مثمن باشد تا ثمن به ملک او درآید، یا حتماً مالک ثمن باشد تا مثمن را مالک شود، بلکه کافی است که از سوی

مالک مأذون یا مجاز باشد....

مرحوم شیخ می‌فرماید: چه دلیلی از این بالاتر که اگر عاقد مالک ثمن یا مثمن نباشد اصلاً معاوضه و مبادله تحقّق پیدا نمی‌کند، و سخن شما با حقیقت و ماهیّت بیع منافی است، و مردود است و لذا علاّمه ره در کتابهایش گاهی فرموده: اینکه انسان با مال دیگران برای خود چیزی خریداری کند اصلاً متصور نیست [1] و گاهی فرموده: اصلاً چنین چیزی معقول است و بلکه برخی از فقهاء فرموده‌اند: لا خلاف در اینکه اگر مالک ثمن به دیگری بگوید: «**اشتر بمالی لنفسک طعاماً**» چنین شرائی باطل است و محقّق و شیخ طوسی تصریح به بطلان کرده‌اند [2].

قوله: نعم:

استدراک از جواب وجه ثانی است: فرعی است که در آینده و در بحث تعاقب عقود متعدّد بر مال مالک خواهد آمد و آن اینکه: اگر بایع فضولی باشد و مشتری مالک اصلی باشد و با علم به اینکه بایع فضولی است اقدام می‌کند و با او معامله کند و ثمن را در اختیار او بگذارد عدّه‌ای از فقهاء از قبیل قطب الدین و شهید و دیگران فرموده‌اند: بدین وسیله غاصب و فضولی بر ثمن مسلّط می‌شود و حقّ انتفاع دارد اگر چه مالک نمی‌شود، چون ثمن به عنوان عوض به او داده شده و نه مجاناً و چون او مالک معوّض نیست پس مالکِ عوض هم نخواهد شد، حال اگر غاصب با همین ثمن از شخص ثالثی متاعی را خریداری کند جماعت مذکور فرموده‌اند: وی مالک متاع می‌شود، و این فتوی ظاهرش آن است که: هیچ مانعی ندارد که انسان مالکِ ثمن نباشد و معذلک اگر معامله کرد مالک مثمن بشود، و این تأییدی بر وجه دوّم کاشف الغطاء و طرفدارانِ او است که می‌گفتند: لا دلیل علی اشتراط.....

قوله: الاّ ان یحمل:

مرحوم شیخ می‌فرماید: چون این سخن از بزرگان صادر شده و بر خلاف حقیقتِ بیع و معاوضه است ناگزیر باید توجیه شود و بگوییم: منظور این است که: یا این جماعت ملتزم به ملکیّت مطلقه هستند یعنی می‌گویند: از اوّل که غاصب ثمن را از مشتریِ اصیل

---

۱. قواعد الاحکام، ج ۱، ص ۱۵۱ و تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۴۷۳.
۲. مبسوط، ج ۲، ص ۱۲۱ و شرایع، ج ۲، ص ۳۲.

گرفت و مسلّط شد از همان موقع مالک هم شد، فخرالدین این احتمال را به اصحاب نسبت داده[1] و یا منظوراین است که: به ملکیّت آناً مّائی ملتزم شوند و بگویند: آناًمّا قبل از اینکه غاصب با آن پول چیزی برای خود خریداری کند، مالکِ ثمن شد و با مال خود چیزی خرید، وگرنه غیر از این محامل و توجیهات وجهی برای فتوای جماعتِ مذکور نیست.

قوله: کیف کان:

سخن این جماعت هر طور که توجیه شود می‌گوییم: از وجه چهارم از وجوه بطلانِ معاملهٔ فضولی لنفسه (**مٰا اُنْشِأ لم یُجَزْ و ما اجیز لم یُنْشَأ**) چندین جواب داده شد: میرزای قمی جوابی داد که نپذیرفتیم: خود ما با «**فالاولی فی الجواب**» مطلبی داشتیم که ناقص بود صاحب جواهر دو جواب داشتند که نپذیرفتیم: کاشف الغطاء و پیروان او جوابی داشتند که ردّ شد از میان همهٔ جوابها بهترین جواب از اشکال مذکور همان بود که با «**فالانسب فی التفصّی**» آوردیم و آن جوابِ خالی از اشکال است.

قوله: ثّم اِنَّ ممّا ذکرنا:

بطور کلّی در مسئله معاملاتِ فضولی لنفسه سه قول پیدا شد:

۱ـ مشهور و شیخ اعظم فرمودند: چنین معامله‌ای با اجازهٔ مالک اصلی صحیح است و برای خود مالک واقع می‌شود، و در صدر مسئله به چهار دسته ادلّه استدلال شد.

۲ـ کاشف الغطاء و پیروان او فرمودند: این معامله صحیح است و با اجازهٔ مالک اصلی برای خود فضولی واقع می‌شود، و دو وجه هم برای این مدّعا آوردند.

۳ـ گروهی فتوی به بطلان این معامله دادند و گفتند: چه مالک اصلی این معامله را رّد کند و چه امضاء کند فائده‌ای ندارد، و معامله منعقد نمی‌شود، این عّده به وجوهی تمسّک کردند که تا به حال چهار وجه از این وجوه بررسی شد و عمدهٔ آنها وجه چهارم بود که خیلی بحث داشت. و اینک پنجمین و آخرین وجه از وجوه بطلان را به صورتِ اشکال مطرح کرده و جواب می‌دهند، ضمناً این وجه مخصوصِ صورت علم به فضولیّت و غصبیّت است، بیان ذلک: فروشنده، فضولیِ غاصب است و متاع دیگری را غصب

---

۱. **ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۷.**

کرده و برای خود می‌فروشد، خریدار، اصیل و مالک اصلی است و با پول خود آن متاع را می‌خرد، ضمناً مشتری می‌داند که بایع غاصب است و با علم و عمد وارد معامله شده و اقدام به شراء کرده و سپس قبض و اقباض هم محقّق می‌شود و بایع ثمن را از مشتری دریافت می‌کند، در چنین فرضی فقهاء امامیّه فرموده‌اند: اگر پس از معاملهٔ مذکور مالک اصلی با خبر شد و این معامله را ردّ کرد و مثمن را از مشتری گرفت، مشتری حق ندارد به فضولیِ غاصب مراجعه کرده و ثمن را از وی باز پس گیرد. و این حکم و فتوی اوّلاً کاشف ازاین است که: بایع غاصب، مالک ثمن گردیده و گرنه چرا حق رجوع نباشد و ثانیاً کاشف از این است که معاملهٔ مذکور یک معاملهٔ حقیقی و جدّی و واقعی نبوده بلکه معامله صوری است یعنی در ظاهر و صورت، معاوضه است و با الفاظ بیع انشاء شده ولی در باطن نوعی تسلیط و تملیک مجّانی است زیرا اگر معاملهٔ واقعی بود قانونش این بود که پس از فسخ و ردّ و بهم خوردنِ معامله هر کدام از عوضین به مالک اصلی عود کند، یعنی مثمن به مالک اصلیِ متاع و ثمن به مشتریِ اصیل برگردد؛ در حالی که حضرات فقهاء فتوی به عدم استرداد ثمن دادند.

قوله: وحنیئذٍ:

تا اینجا در حقیقت مقدّمه چینی و زمینه سازیِ اشکال بود و اصل اشکال یا وجه پنجم از اینجا شروع می‌شود: حالا که فقهاء چنین حکمی صادر کرده‌اند و مطلب از این قرار است می‌گوییم: اگر مالک اصلی چنین معامله‌ای را امضاء هم بکند فائده‌ای ندارد و وی مالک ثمن نخواهد شد زیرا که پیشاپیش و قبل از اجازهٔ مالک و به توسّط تسلیط و اقباضِ مشتری، ثمن اختصاص ملکی به فضولی پیداکرد و وی مالک شد، وتازه مالک اصلی می‌خواهد بااجازه مالک شود، سبب تملّکِ غاصب (تسلیط اصیل و اقباض) سابق است و سبب مالک شدنِ مالک اصلیِ (اجازه و امضاء) لا حق است و قاعده‌این است که: با وجود سبب متقدّم و تأثیر آن نوبت به سبب متأخر نمی‌رسد، در نتیجه اگر بگوییم: اجازهٔ بعدی مؤثر است و معامله را صحیح می‌کند سر از بیع بلاثمن در می‌آورد (نسبت به مالک اصلی که متاعش فروخته شده ولی ثمن به او نرسیده) و چنین بیعی در اسلام مشروع نیست. پس در فرض علم مشتری به غصبیّت بایع چه مالکِ اصلی اجازه بکند و چه ردّکند فائده ندارد و معامله درست نمی‌شود.

مرحوم علاّمه هم در کتاب تذکره بر همین اساس ابتدا فرموده: صحّت معاملهٔ فضولی با جهل طرف دیگر مشکل است (قبلاً هم آوردیم) چرا که طرف دیگر در سایهٔ جهل به فضولیّت مستقیماً مالش را به فضولی تملیک می‌کند و برای او انشاء تملّک می‌کند آنگاه اجازهٔ مالک چه چیز را می‌خواهد تصحیح و اصلاح کند؟ سپس فرموده: و صحّت معاملهٔ مذکور با فرض علم مشتری مشکل‌تر است. (اشاره به همان اشکالی که به عنوان وجه پنجم ذکر شد که به بیع بلا ثمن منجر و متأدی می‌شود.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ از وجه پنجم به سه بیان جواب می‌دهند:

۱ـ اصل و مبنای این اشکال را قبول نداریم: شما گفتید اصحاب فرموده‌اند: بافرض رّد مالک، مشتری حق ندارد به غاصب رجوع کرده و ثمن را برگرداند، ما می‌گوییم: این مطلب را قبول نداریم به کدام دلیل مشتری حق رجوع ندارد؟ مگر مجّاناً تسلیم کرده که هبه باشد و حقّ رجوع نداشته باشد؟ خیرمعامله کرده و چون فضولی است باید مالک امضاء کند و چون ردّ کرده پس معامله باطل است، پس ثمن از ملک مشتری خارج نشده و ملک غاصب نگشته و کماکان در ملک مالکِ اصلی باقی است و اگر چنین است چرا حقّ رجوع به غاصب نداشته باشد؟

۲ـ بر فرض قبول این حکم و فتوی می‌گوییم: فلسفهٔ عدم جواز رجوع مشتری به فضولی آن است که: خود مشتری با علم و عمد اقدام کرده و غاصب را بر مالش مسلّط کرده پس حق رجوع ندارد، ولی باید دید چه نوع تسلیطی در میان است؟ سه احتمال در این رابطه متصوّر است:

الف: مطلق تسلیط یا تسلیط مطلق در کار است یعنی مشتری زبان حالش این است که: چه مالک اصلی رّد کند و چه اجازه کند درهر حال من تو را مسلّط کردم و ثمن را به شما تملیک کردم.

ب: تسلیط مراعی و مشروط به فرض اجازه باشد یعنی اگر مالک اصلی بعداً اجازه کند بر این فرضّ شما را بر ثمن مسلّط کردم (مرحوم شیخ آن را طرح نمی‌کنند زیرا پر واضح است که تسلیط بر فرض اجازه معنی ندارد و در اختیار مشتری نیست و پس از اجازه، مالک اصلی سلطنت پیدامی کند نه غاصب)

ج: تسلیط مذکور مشروط به عدم اجازه باشد یعنی مشتری که می‌گوید: اشتریت وبعد غاصب را بر ثمن مسلّط می‌کند منظورش آن است که: اگر مالک اصلی اجازه نکرد و ردّ نمود شما بر ثمن مسلّط باشی و گرنه سلطنتی در میان نیست:

حال اگر احتمال اوّل باشد آری حق با شماست ولی ظاهراً احتمال سوّم صحیح‌تر است و یا لااقل محتمل است و طبق آن اگر مالک اصلی اجازه کرد ثمن ملک مالک می‌گردد و ربطی به فضولی ندارد، و اجازهٔ مالک بی‌فائده نخواهد بود و در نتیجه بیع بلا ثمن نخواهد بود بلکه مع الثمن است.

۳ـ از جوابهای قبلی هم که صرفنظر کرده و بگوییم: اجازه فائده‌ای ندارد و اشکال وارد است، می‌گوییم: در باب اجازه دو مسلک وجود دارد:

۱ـ ناقله باشد

۲ـ کاشفه باشد.

اگر اجازه را ناقله بدانیم اشکال مذکور می‌آید که: این اجازه موضوع و مورد ندارد وفائده است. به این دلیل که سبب مالکیّت فضولی قبل از سبب مالکیّت مالک اصلی(بااجازه) است و غاصب با اقباض مشتری مالک شده ولی مالک اصلی با اجازهٔ بعدی تازه می‌خواهد مالک شود و نقل و انتقال محقّق شود و سبب سابق یا اسبق تأثیر خود را می‌گذارد و نوبت به سبب لاحق نمی‌رسد و در نتیجه ثمن ملک مشتری است و اگر با اجازهٔ مالک صحیح باشد سر از بیع بلا ثمن در می‌آورد.

ولی اگر اجازه را کاشفه گرفتیم و گفتیم: اجازه کاشف ازاین است که: مالک اصلی در واقع از اوّل و از هنگام عقد مالکِ ثمن شده، در این فرض سبب ملکیّت مالک اصلی(خود عقد) سابق است و سبب مالکیّتِ فضولی (تسلیط و اقباض مشتری) لاحق است و هر سببی مقدّم باشد همان مؤثر است پس با اجازهٔ مالک ثمن ملک او می‌شود و اجازه مفید است و بیع بلاثمن پیش نمی‌آید.

و به عبارت دیگر: در فرض کاشفیّت اجازه و براین مسلک از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا مالک اصلی معامله را ردّ می‌کند، در این صورت مشتری، غاصب را بر مال خویش مسلّط کرده و ربطی به مالک اصلی ندارد.

۲ـ و یا معامله را امضاء می‌کند، در این صورت است که اقباض مشتری بی‌جا بوده و

نباید فضولی را بر مال دیگری (مالک مثمن) مسلّط می‌کرد، و حال که مسلّط کرده مالک اصلی حق رجوع به او و اخذ ثمن دارد.

قوله: ولذا:

شاهد بر اینکه تسلیط غاصب با اقباض حاصل می‌شود آن است که: اگر در فرض مورد بحث ما (علم مشتری به غصبیت بایع و معذلک اقدام به معاملهٔ با او) مشتری هنوز ثمن را به قبض فضولی نداده بود که مالک اصلی امضاء یا ردّ کرد، در هر حال فضولی حق مطالبهٔ ثمن ندارد و بر فرض ردّ نمی‌تواند ثمن را از دست مشتری بگیرد و از چنگ او در آورد و بر فرض اجازه حق ندارد ثمن را از دست مالک اصلی انتزاع کند. پس به نفس عقد بیع، فضولی مالک نمی‌شود بلکه پس از تسلیط مالک و قبض و اقباض، ملک می‌آید ولی علی الکشف نفس بیع سبب ملک مالک اصلی است واجازه کاشفیّت دارد و لا غیر

قوله: ثمّ اعلم:

در اینجا دو مسئله داریم که باید از یکدیگر تفکیک شود:

۱ـ تا به حال کلام در این بود که فضولی (غاصب یا غیر غاصب) مال مردم را مورد معامله قرار می‌دهد و بعد مالک اصلی آن را اجازه می‌کند، اینجا بود که حکم به صحّت کرده و گفتیم این معامله برای مالک اصلی واقع می‌شود، و در این فرض بود که مشهور میان سه مسئله (بیع للمالک بدون منع سابق، یا با منع سابق، و بیع لنفسه) فرق نگذاشته و در هر سه مورد فتوی به صحّتِ معامله و وقوعش للمالک الاصلی دادند.

۲ـ و امّا مسئله دیگر هم هست که در آینده تحت عنوان: **«من باع شیئاً ثمّ ملکه فاجازه»** مطرح خواهد شد که شخص بدون اذن مالک اصلی مال مردم رابرای صاحبانش یا برای خودش می‌فروشد، سپس به سببی از اسباب مُملّکه مالک می‌شود و معاملهٔ قبلی‌اش را اجازه می‌کند، مشهور در این مسئله حکم به بطلان کرده‌اند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این مسئله ربطی به ما نحن فیه و مسئله اوّل ندارد، چراکه در ما نحن فیه سخن از وقوع معامله برای مالک است و در این مسئله سخن از وقوع معامله برای عاقد اصلی و مالک بالعرض است.

قوله: و من هنا:

هدف از طرح فراز قبلی بیان این نکته است که: صاحب ریاض ره در کتاب خود[۱] فرموده: اگر فضولی مال مردم را برای خودش بفروشد چنین بیعی باطل است و به مرحوم علاّمه نسبت داده که وی می‌گوید: لاخلاف در بطلانِ چنین معامله‌ای.

مرحوم شیخ می‌فرماید: با توجّه به اینکه مشهور فتوی به صحّت دادند، ادّعای نفی خلاف در بطلان و انتساب آن به علاّمه ناتمام است و صاحب ریاض دچار اشتباه شده است. مگر مقصود صاحب ریاض مسئله دوّم باشد (**من باع شیئاً ثّم ملکه...**) که ربطی به ما نحن فیه ندارد، ولی اینهم خلاف ظاهر کلام ایشان است.

دو مطلب دیگر

قوله: بقی امران:

مطلب اصلی بیع فضولی در ضمن سه مسئله با ذکر اقوال و ادلّه تا اینجا به پایان رسید، در اینجا دو مطلب دیگر باقی مانده که آنها را بیان می‌کنیم:

قوله:الاوّل:

مطلب اوّل دربارهٔ این است که: فضولی گاهی بایع است و گاهی مشتری و در هر یک از دو صورت گاهی برای مالک اصلی بدون نهی سابق معامله می‌کند (مسئلهٔاوّل) و گاهی با منع سابق اقدام می‌کند (مسئلهٔ دوّم) و گاهی برای خود می‌فروشد (مسئلهٔ سوّم) و در هر یک از شش صورت یا مال مردم عینی از اعیان خارجیّه است مثل فلان کتاب یا فرش یا منزل شخصی که در خارج موجود است، یا فلان درهم یا دینار و اسکناس که در خارج موجود است، و گاهی دین است که در ذمّهٔ دیگران است مثلاً مالک اصلی صد من گندم بر ذمّهٔ فلانی طلبکار است، فضولی صد من گندم در ذمّهٔ فلان را به خود مدیون یا به شخص دیگر می‌فروشد یا زید از بکر هزار تومان طلبکار است، فضولی می‌گوید: من این پارچه را به آن هزار تومانِ زید که در ذمّه بکر است خریداری کردم (باز هم با مال مردم معامله می‌کند ولی اینبار مال مردم دین در ذمّهٔ دیگران است نه عین خارجی) حال اینکه گفتیم: معاملهٔ فضولی صحیح است یعنی با اجازهٔ مالک اصلی برای خود مالک واقع می‌شود در این جهت فرقی میان دوازده صورتِ مذکور فرقی وجود ندارد. (جز اینکه:

---

۱. ریاض المسائل، ج ۱، ص ۵۱۲.

اگر مال مردم دین در ذمّه باشد به فضولی عنوان غاصب و سارق اطلاق نمی‌شود چون دین در ذمّهٔ که قابل غصب کردن نیست، ولی در معاملهٔ عین خارجی ممکن است غاصب باشد یا معتقد باشد و...)

قوله: و منه جعل:

از جمله موارد فضولی دو مورد زیر است: (علاوه بر دوازده صورتی که ذکر شد.)

۱ـ فضولی عوض را ثمنِ در ذمّهٔ دیگری قرار دهد، یعنی بگوید: «**اشتریت هذا الثوب بمأة درهمٍ فی ذمّة الغیر**»، که ثمن را صد درهم در ذمّهٔ دیگری قرار داده و ذمّهٔ غیر را مشغول کرده است.

۲ـ فضولی عوض را مثمنِ در ذمّهٔ غیر قرار دهد، یعنی بگوید: «**بعت ثوباً فی ذمّة الغیر بمأة درهم**»، که مثمن را پارچهٔ در قبل ذمّهٔ دیگری قرار داده و متاعی را بر ذمّهٔ غیر فروخته است.

حال در این دو مورد اگر از سوی آن غیر یعنی صاحب ذمّه اذن در چنین بیع یا شرائی داده باشد معامله صحیح خواهد بود و وکالت است نه فضولی، ولی بحث در جائی است که چنین اذن سابقی نبوده اینجا است که دو معاملهٔ مذکور فضولی بوده و احکام آن باب را دارند.

قوله: ثمّ انّ:

اگر فضولی روی عین خارجی و شخصی معامله‌ای انجام دهد مشکلی نیست زیرا عین خارجی مالک معیّن دارد و معامله منوط به اجازهٔ او است، ولی اگر روی ما فی الذمّه معامله کند (که مفروض بحث است) ما فی الذّمه کلّی است و هر یک از ذمّهٔ خود فضولی و غیر او را شامل است، و اگر **فی ذمّة الغیر** هم بگوید (که مفروض بحث است) باز کلّی است زیرا غیر می‌تواند زید باشد، بکر باشد،... و کلّی بدون تعیین و تمیز مورد معامله واقع نمی‌شود.

آنگاه سؤال این است که: راه تشخیص و تعیین ما فی الذمّه چیست؟ از کجا بفهمیم که فضولی برای چه کسی معامله می‌کند و ثمن یا مثمن و در یک کلام عوض را از مال چه کسی و به ذمّه کدام انسان قرار می‌دهد؟ در جواب می‌گوییم: دو راه دارد:

۱ـ از راه اضافه کردن ذمّه به سوی شخص معیّن یعنی بطور مطلق نگوید: فی الذمّه،

و به طور مجمل نگوید: فی ذمّة الغیر بلکه بطور مشخّص بگوید: فی ذمّة فلان (کنایه از زید مثلاً) فی المثل اگر مثمن را در ذمّهٔ غیر قرار می‌دهد، بگوید: (بعتُ کرّاً من طعام فی ذمّة فلان بکذا). یعنی یک تُن گندم در ذمّهٔ فلانی فروختم در مقابل فلان مبلغ، که ذمّهٔ فلانی مشغول به گندم شود(هر کرّ ۶۰ قفیز است، و هر قفیزی ۸ کیل است ۴۸۰ = ۸ × ۶۰ هر وکیلی یک من و نیم است ۷۲۰/ = $\frac{1}{2}$ ۱ × ۴۸۰، پس کرّ از طعام ۷۲۰ من می‌باشد)

یا اگر ثمن را در ذمّهٔ دیگری قرار می‌دهد بگوید: «**اشتریت هذا الثوب بمأة درهم فی ذمّة فلان**» که صد درهم را به ذمّهٔ فلانی یعنی زید مثلاً، اضافه کرده است.

حکم این صورت: خیلی روشن است که معامله فضولی بوده و منوط بـه اجـازهٔ صاحب ذمّه (زید) است اگر او اجازه داد معامله صحیح است و برای او واقع می‌شود و ثمن یا مثمن هم به ذمّه‌اش می‌آید و باید از عهده برآید، چه اینکه متقابلاً عوض دیگر هم در ملک او داخل می‌شود. و اگر ردّکرد معامله از ریشه باطل می‌گردد و چیزی بر ذمّهٔ وی نمی‌آید (نظیر اینکه عین مال مردم را مورد معامله قرار دهد، ثمن یا مثمن قرار دهد که موقوف به اجازه مالک اصلی بود و مبسوطاً گذشت.)

۲ـ ذمّه را به شخص خاصی اضافه نکند و در متن عقد نام فرد خاصی را نبرد، و سر بسته بگوید: «**اشتریت کذا بکذا فی الذّمه**» یا «**بعتک کذا فی الذمّه بکذا**»، ولی در نیّت و قصد باطن، آن صاحب ذمّه را مشخّص کند، یعنی مقصودش این باشد که این ثمن به ذمّهٔ زید یا این مبیع در ذمّهٔ زید باشد، باز با قصد کردن فرد خاص هم، همان فرد به عنوان صاحب ذمّه متعیّن می‌شود و معامله برای غیر او واقع نمی‌شود، زیرا نسبت به غیر او قصدی نبود و عقد هم تابع قصد است، و قاعده هم‌این است که عوض در ملک همان کسی داخل می‌شود که عوض دیگر از ملک او خارج می‌شود و آن کس غیر از مَنْ قُصِدَ مـالکیّته نیست. آری یک احتمال ضعیفی بود که سابقاً از کاشف الغطاء و پیروانش نقل شد کـه فرمودند: دلیلی بر اشتراط ملک نیست و عاقد ولو مالک عوض هم نباشد می‌تواند مالک معوّض شود و... ولی سخنان ایشان ردّ شد.

قوله: فکما انّ: تنظیر:

همانگونه که تعیین عوض در خارج (مثلاً بگوید: این پارچه را فروختم یا بـه ایـن صـد تومان خریدم و...) ما را از ذکر نام مالک اصلی و قصد آن بی‌نیاز می‌کند و معامله برای

مالک واقع می‌شود ولو فضولی او را قصد نکند و خود را قصد کند (که مسئله سوّم بود) همچنین قصد و نیّت (مَنْ وقع له العقد) هم کافی است و ما را از ذکر نام او و اضافهٔ ذمّه به سوی او و تعیین عوض کلّی بدین وسیله، بی‌نیاز می‌سازد.

پس تشخیص کلّی و ما فی الذمّه به صورت ما نعة الخلو دو راه دارد:

۱ـ اضافهٔ ذمّه به غیر

۲ـ قصد غیر از معامله.

قوله: و حینئذ: حکم این صورت:

اگر آن کسی که فضولی در معامله او را قصد کرده معامله را اجازه کرد بیع یا شراء صحیح است و برای همان کس واقع می‌شود و عوض هم به ذمّه همان شخص می‌آید، ولی اگر وی معامله را ردّ کرد علی القاعده و طبق معمول باید بگوییم: این معامله از اصل و اساس در واقع باطل می‌شود زیرا مقتضا و مفاد ردّ عقد از سوی مَنْ قُصِدَ مالکیّته‌این است که: نقل و انتقالی محقّق نشده و هر عوضی در ملک صاحب اصلی‌اش باقی است (چه عوضی که بنا بود به ذمّهٔ این شخص بیاید و بدهکار شود که نشده، و چه عوض دیگر که از سوی طرف اصیل در این معامله مطرح شده و به عنوان عوض واقع شده است.)

قوله: اذ المال:

دلیل بر بقاء هر عوضی بر ملک صاحبش این است که: مال (مال اصیل که از طرف اصیل به عنوان عوض منظور شده) در باب معاملهٔ فضولی مردّد است بین مالک اصلیِ آن (که طرف اصیل باشد) و بین کسی که مقصود او است و عقد برای او واقع شده (صاحب ذمّه) و معقول نیست که مال از ملک مالک اصلی‌اش که طرف اصیل است خارج شود و میان فضولی و مَنْ قُصِدَ مالکیّته مردّد شود (زیرا یا عقد مزبور در نقل و انتقال مؤثر است، مثل صورت اجازهٔ پس مال برای مَنْ وَقَعْ له العقد است و مردّد نیست، و یا مؤثر نیست مثل فرض ردّ، پس مال برای مالک اصلی و طرف اصیل است، و معقول نیست که عقد این اندازه مؤثر باشد که سبب اخراج مال از ملک طرف اصیل بشود ولی سبب ادخال آن در ملک صاحب ذمّه نشود بلکه مردّد باشد میان فضولی و مَنْ قُصِدِ مالکیّته) پس هیچگاه برای فضولی ولو ظاهراً واقع نمی‌شود و او مالک مال نمی‌شود و بر فرض وقوع برای فضولی نیازی به اجازه نخواهد داشت چون خودش عاقد است و در مال کسی تصرّف

نکرده تا اجازه لازم باشد، و ذمّه هم که مال نیست، در حالی که فتوی اینست که اجازه لازم است.

در نتیجه: مقتضای قاعده‌این است که: اگر صاحب ذمّه ردّ کرد عقد واقعاً باطل باشد یعنی نه برای صاحب ذمّه واقع شود و نه برای فضولی،

قوله: الّا انّ:

سخنان مزبور بر این فرض بود که میان فضولی و طرف اصیل نزاعی پیش نیاید، امّا اگر فضولی مدّعی شد که من برای خودم خرید و فروش نمی‌کردم و قصدم دیگری بوده و به ذمّهٔ او چیزی را فروخته یا خریده‌ام، ولی طرف اصیل او را تصدیق نکرد و این امر را انکار کرد و قسم خورد که: خیال می‌کرده فضولی به ذمّهٔ خود معامله می‌کند و خبر نداشته از اینکه او قصد غیر دارد و فضولی است، و خلاصه قسم خورد بر اینکه او فضولی نبوده یا من نمی‌دانستم که او فضولی است وگرنه اقدام به معامله نمی‌کردم، در اینجا حاکم شرع به نفع طرف اصیل و بر ضرر فضولی حکم می‌کند یعنی او را مجبور می‌کند بر اینکه عوض را از ذمّهٔ خودش بپردازد، زیرا پس از نفی فضولیّت با قسم، ظاهراً عقد برای خود او واقع می‌شود و باید از عهده برآید (ضمناً حق ندارد از مال طرف اصیل استفاده کند، چرا که خودش مدّعی است که مال من نیست و برای خودم خریداری نکرده‌ام، مگر از طرف اصیل اذن در تصرّف بگیرد.) جماعتی از فقهاء از قبیل: محقّق اوّل[۱] فخر الاسلام[۲] محقّق کرکی معروف به محقّق ثانی[۳] شهید ثانی[۴] همین فتوی را داده و حکم کرده‌اند به وقوع ظاهریِ عقد برای فضولی.

قوله: و قد یظهر:

کلمات جماعت مذکور مقیّد به کلمهٔ ظاهراً بود یعنی در ظاهر حکم به وقوع عقد برای فضولی می‌شود، ولی برخی از کلمات نظیر کلام علاّمه در قواعد[۵] و شیخ در مبسوط[۶] اطلاق دارد و به ظاهر اطلاقی دلالت می‌کند بر وقوع عقد برای فضولی واقعاً، و همین وقوع واقعی به جماعتی از فقهاء در برخی از فروع باب مضار به نسبت داده شده است

۱. شرایع، ج ۲، ص ۲۰۵.
۲. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۴۷.
۳. جامع المقاصد، ج ۲۵۱.
۴. مسالک، ج ۵، ص ۳۰۰.
۵. قواعد، ج ۱، ص ۲۴۷.
۶. مبسوط، ج ۲، ص ۳۸۶.

(منجمله محقّق در شرایع و علاّمه در قواعد، و فرع مذکور که: شخصی به دیگری مالی داده و او با این مال مضاربه می‌کند، حال عبدی را که پدر یا مادر ربّ المال است و باصطلاح: (ممنّ ینعتق علیه) است خریداری کرد، اگر با اذن قبلی ربّ المال بود صحیح است و اول عبد قهراً آزاد می‌شود ولی اگر بدون اذن قبلی بوده و به نیت ربّ المال خریداری کرد و او اجازه نداد فرموده‌اند: یقع للعامل، یعنی معامله برای خود عامل مضارب واقع می‌شود و مقیّد به کلمهٔ ظاهراً نکرده‌اند و ظاهرش این است که: یَقَعُ للعامل واقعاً.)

قوله: و حیث عرفت:

در مورد بحث که ثمن یا مثمن را در ذمّهٔ غیر قرار می‌دهد یک بیع و شراء و اصل معامله داریم و یک کلّی و ذمّه و نسبت به ایندو چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ تمام اینها را به خودش نسبت بدهد یعنی بگوید: (بعتُ عن نفسی ثوباً بذمّتی یا فی ذمّتی بمأة درهم،) که بیع را به خودش اضافه کرده، کلّی را هم که ثوباً باشد به ذمّهٔ خودش اضافه کرده است، یا بگوید: (اشتریت هذا الثوب لنفسی بمأة درهم فی ذمّتی) که باز همه را به خودش نسبت داده و اضافه کرده است، چنین معامله‌ای قطعاً صحیح است و ثمن یا مثمن به ذمّهٔ عاقد می‌آید و ربطی هم به فضولی ندارد. و هکذا اگر قصد نفس داشته باشد.

۲ـ تمام اینها را به غیر خودش نسبت دهد، یعنی بگوید: (**بعتُ عن فلان ثوباً بذمّته الفلان بدرهم**،) که بیع را به فلان نسبت داده و مبیع را در ذمّه همان کسی قرار داده، یا بگوید: (اشتریتُ لفلان ثوباً بدرهم فی ذمّته،) در این فرض هم اگر اذن قبلی نداشته قطعاً فضولی است و احکامش همان است که گذشت، و هکذا اگر به غیر اضافه نکند ولی قصد باطنی اش غیر باشد.

۳ـ یکی از آندو را مطلق و مجمل گذارده و دیگری را در لفظ یا در قصد تعیین کند، مثلاً بیع یا شراء را مقیّد کند و به کسی اضافه بکند یا کسی را هم قصد بکند ولی کلّی و ذمّه را مطلق بیاورد مثلاً بگوید: (بعتُ عن نفسی ثوباً فی الذمّة بکذا،) یا کلمهٔ عن نفسی را نیاورد ولی قصدش این باشد، یا بگوید: (**اشتریت لنفسی هذا الثوب بمأة درهم فی الذّمة**) یا کلمهٔ لنفسی را نیاورد ولی قصدش این باشد. و یا عکس فرض مذکور یعنی بیع و شراء

را مطلق و مجمل بیاورد و به کسی اضافه نکند یا کسی را قصد نکند ولی ذمّه را به خودش یا به غیر اضافه کند مثلاً بگوید: (**بعتُ ثوباً فی ذمّتی یا فی ذمّة فلان بکذا**، یا بگوید: **اشتریت هذا الثوب بمأةٍ فی ذمّتی یا ذمّة فلان.**) (قوله: و حیث عرفت...تا یک سطر یعنی تا کلمهٔ ظَهَرَ که جواب حیث است، اشاره به این صورت دارد.) و حکمش این است که: مقیّد و مبیّن، مجمل و مطلق را تفسیر کرده و موجب صرف آن به این می‌شود و معلوم می‌شود که بیع و شراء برای کیست؟ یا ذمّه ذمّهٔ کیست؟

۴ـ قوله: ظهر من ذلک:

جمع بین متنافیین کند یعنی بیع را (منظور اصل معامله است اعمّ از اینکه بیع باشد یا شراء باشد) به سوی غیر اضافه کند ولی کلّی و ذمّه را به خودش اضافه کند و یا حدّاقل قصدش از کلّی و ذمّه ذمّه خودش باشد ولو در لفظ اضافه‌ای صورت نگرفته مثلاً بگوید: (**اشتریت هذا الثوب لفلانٍ بمأة درهم فی ذمّتی**،) که در حقیقت شراء برای فلانی است و مثمن به ملک او در می‌آید. ولی من مشغول الذمّه شده و ثمن به عهدهٔ من می‌آید و با مال خودم برای غیر خودم متاعی خریده‌ام. و یا عکس فرض قبلی یعنی معامله را به خودش نسبت دهد، ولی کلّی و ذمّه را به غیر خود اضافه کند و یا لااقلّ قصدش غیر باشد مثلاً بگوید: (**اشتریت هذالنفسی بدرهمٍ فی ذمّة فلانٍ**،) که در حقیقت با مالی به ذمّهٔ فلانی متاعی را برای خود می‌خرد. حکم این دو فرض متعاکس چیست؟

حکم این است که: اگر قصد فضولی یا عاقد از عقد مزبور جمع بین متنافیین باشد یعنی هم قصدش این است که شراء برای غیر باشد و هم ثمن در ذمّه خودش، یا بالعکس این به نظر شیخ از محالات است و قصد جدّی به آن هرگز تعلّق نمی‌گیرد. ولی اگر قصد واقعی روی یکی از آندو است ولی مردّد است که خودش باشد یا غیر و در ظاهر هر دو اضافه و نسبت را می‌آورد، در اینجا شیخ اعظم حکم هر صورت را جدا می‌آورند، امّا فرض اوّل: (اشتریت هذا لفلان بدرهمٍ فی ذمّتی) دو احتمال در اینجا ذکر می‌کنند:

۱ـ احتمال دارد این معامله باطل باشد، زیرا به منزلهٔ آن است که انسان با عین مالش متاعی را برای دیگر خریداری کند، زیرا در هر دو (به عین مال یا در ذمّه) قصد معاوضه حقیقیّه ندارد، چون معاوضهٔ حقیقی آن است که عوض از ملک هرکسی در آمد معوض در ملک او داخل شود نه در ملک دیگری، و در اینجا این امر وجود ندارد، ضمناً معمولاً

در چنین فرضی ادّعای مالکیّت برای غیر و یا اعتقاد به مالکیّت او هم نیست، پس معاوضه صد درصد صوری است و از این حیث باطل است.

۲ـ و احتمال دارد که صحیح باشد که خود دو شعبه دارد:

۱ـ برای خود عاقد صحیح باشد و برای او واقع شود اگر قید لفلانٍ را الغاء کنیم.

۲ـ برای غیر واقع شود و صحیح باشد اگر قید فی ذمّتی را نادیده بگیریم.

و امّا فرض دوّم **«اشتریت لنفسی بدرهم فی ذمّة فلان»** این نیز دو احتمال دارد:

۱ـ از قبیل مسئله سوّم از مسائل فضولی باشد که عین مال غیر را برای خود می‌فروخت یا با عین مال مردم برای خود متاعی خریداری می‌کرد و حکمش این بود که: با اجازهٔ مالک اصلی برای او واقع می‌شد، در اینجا هم با اجازهٔ صاحب ذمّه برای او واقع می‌شود. منتهی اوّل باید معامله را تصحیح کرده و قصد معاوضه را درست کنیم، و آن را با بناگذاری بر تملّک درست می‌شود، یعنی فرض رابر این بگیریم که: وی معتقد بود که واقعاً در ذمّه فلان درهمی مالک است (از باب قرض و غیره) و با این اعتقاد گفت: فی ذمّة فلان، و قصد معاوضهٔ حقیقی کرد، ولی بعداً معلوم شد اشتباه کرده و مالک درهم در ذمّهٔ غیر نبوده آنگاه پای عاقد بر کنار می‌شود و پای صاحب ذمّه به میدان می‌آید و منوط به اجازهٔ او می‌شود.

قوله: اعتقاداً:

در مسئله سوّم دو چیز مطرح بود:

۱ـ ادّعای مالکیّت که در غاصب بود.

۲ـ اعتقاد به ملکیّت، ولی در اینجا فقط اعتقاداً را آورده‌اند، علّت آن است که کلّی و ما فی الذمّه قابل غصب کردن نیست تا بناء عدوانی بر مالکیّت مغصوب بگذارد، و لذا همان اعتقاداً فرض صحیح دارد.

۲ـ احتمال هم دارد بگوییم: این معامله صحیح است و برای خود عاقد واقع می‌شود و قید **«فی ذمّة فلان»** که بعداً آورده لغو است، زیرا اوّل قید **«لنفسی»** را آورده و ظاهر بلکه صریحش شراء لنفسه است آنگاه هر چه منافی با آن باشد (مثل اضافه ذمّه به غیر) الغاء می‌شود، پس صحیح است.

در عین حال مسئله برای ما صاف نیست و جای تأمّل دارد.

(نکته: مُحشّین بزرگوار در اینجا به مرحوم شیخ اعتراض کرده‌اند و ما برای نمونه تنها کلام سیّد را در حاشیه یاد آور می‌شویم: **ثمّ من المعلوم عدم الفرق بین الصورتین من حیث کونهما من الجمع بین المتنافیین، فلوبنینا علی ترجیح احد القیدین و الغاء الآخر لاوجه للفرق بینهما کما هو ظاهر المصنف (ره) حیث انّه فی الصورة الاولی احتمل الغاء احد القیدین لاعلی التعیین و فی الثانیة بنی علی الغاء ذمّة الغیر، فان کان نظره الی الاظهریّة فهما سواء فی ذلک، و ان کان نظره الی ترجیح مایکون مقدّماً فی اللفظ فمقتضی ذلک ان یحکم فی الاولی ایضاً بالغاء قید ذمّة نفسه و الحکم فیها بالصحة لذلک الغیر بشرط اجازته لتأخره فی اللفظ، و الانصاف انّ البطلان فی الصورتین مقطوع به و لاوجه لهذه الاحتمالات اصلاً لانّ العاقد لیس بهازل فی شیءٍ من القیدین...**[1])

قوله :ثمّ انّه قال:

بمناسبت اینکه ازجمع بین متنافیین گفتگو شد، کلامی را از علاّمه در تذکره نقل و نقد می‌کنند: علاّمه فرموده: اگر شخصی فضولیّاً (نه بااذن قبلی به وکالت یاولایت) متاعی راخریداری کرد، از دوحال خارج نیست:

۱ـبا عین مال دیگری (که در اختیار اوست یا در خارج موجود است ولو در اختیار فضولی نیست) متاعی را خریداری کرد (آیا برای مالک اصلی خریداری می‌کند؟ که مسأله اوّل و دوّم بیع فضولی بود، یا برای خودش می‌خرد که مسأله سوّم بود؟ در عبارت قیدی ندارد و با هر دو فرض می‌سازد) حکم این فرض آن است که :همان اختلاف معهود و متعارف که در آغاز مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی ذکر شد، در اینجا هم جاری و ساری است و آن اینکه: عدّه‌ای قائل به بطلان بودند و می‌گفتند: معامله فضولی از اصل باطل است و با اجازهٔ مالک هم درست نمی‌شود. و مشهور طرفدار صحّتِ تعلیقی بودند و می‌گفتند: معاملهٔ فضولی موقوف بر اجازهٔ مالک اصلی است، اگر اجازه کرد صحیح فعلی شده و برای خود مالک اصلی واقع می‌شود، و اگر ردّکرد باطل می‌گردد. حال در ما نحن فیه هم همین دو وجه می‌آید که شراء مذکور باطل باشد یا موقوف بر اجازه.

---

۱. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۴۶.

قوله: فالخلاف:

الف و لام عهد است یعنی همان خلاف معهود و متعارفی که قبلاً ذکر شد یا در ذهن شما است. و الخلاف مبتدا و فی البطلان... خبر است. اینکه گفتیم، فتوای مشهور فقهاء اسلام بود، ولی ابوحنیفه با مشهور مخالفت کرده و گفته: شراء مذکور صحیح است و برای مشتريِ فضولی واقع می‌شود، آنهم «لکلّ حالٍ» یعنی چه حال اجازه و چه حال ردّ یعنی چه مالک اصلی و صاحب عین ثمن، شراء مزبور را اجازه کند و چه ردّ کند در هر حال معامله برای خود مشتری واقع می‌شود. (منتهی در فرض اجازه به این معنی است که مبیع در ملک مشتری داخل می‌شود ولی ثمن از ملک مجیز خارج می‌گردد، و از نظر ابوحنیفه شرط مالک شدن مثمن، مالک بودنِ ثمن نیست. و در فرض ردّ به این معنی است که: خود ثمن که عین خارجی است به مالک اصلی مستردّ می‌شود و بدل ثمن بر عهدهٔ مشتری می‌آید و باید بپردازد.)

۲ـ و ان کان فی الذمة لغیره و اطلق اللفظ: (از دیدگاه محشیّن این جملهٔ اجمال و ابهام دارد و دارای سه احتمال است که بر محور کلمه «الذمّة» دور می‌زنند،

الف: مراد از ذمّه ذمّهٔ خود مشتريِ فضولی باشد وکلمهٔ لغیره متعلّق به فعل مقدّر یعنی اشتریٰ باشد که به قرینهٔ مقام فهمیده می‌شود و مراد از اطلاق لفظ هم این است که بودن ثمن در ذمّهٔ خودش، و بودن شراء برای غیر که مثمن ملک غیر شود، هر دو را در قصد و نیّت منظور کرده وبه زبان نیاورده و عقد خالی از آنها است مثلاً گفته: «**اشتریت هذا الثوب بدرهمٍ**» و لفظ فی ذمّتی و لفلانٍ را نیاورده ولی منظورش این است که: «**اشتریت لغیری بدرهمٍ فی ذمّتی.**»

ب: مراد از ذمّه ذمّهٔ غیر باشد و کلمهٔ لغیره هم صفت «**الذمّه**» باشد و منظوراین است که «**اشتریت هذا الثوب لفلان فی ذمّة**»، ولی لفظ را مطلق آورده و کلمهٔ لفلانٍ و فی ذمّة را در لفظ نیاورده و تنها در نیّت و قصد لحاظ کرده است.

ج: مراد از «**الذمّه**» مطلق یا مبهم باشد و لغیره هم متعلّق به اشتری باشد و اطلاق لفظ هم یعنی در لفظ کلمهٔ ذمّه و غیر را ذکر نکند و در نیّت داشته باشد که منظور این است متاعی را به نیّت غیر و برای غیر می‌خرد آنهم به ثمن در ذمّه چه کسی؟ خودش؟ یا همان غیر؟ یا فرد ثالث؟ اینها را مشخّص نکرده است. حال هر کدام از این احتمالها شواهد و

مؤیّداتی دارد که مرحوم شهیدی در حاشیه آورده است[1] اظهر احتمالات احتمال «الف» است که مرحوم شیخ همین برداشت را کرده و بر آن اساس پیش رفته‌اند و ما همین را تعقیب می‌کنیم:) متاعی را برای دیگری خریداری می‌کند و قصدش این است که مثمن در ملک دیگری داخل شود، ولی نه با عین خارجی و ثمن معیّن، بلکه با ثمن کلّی و در ذمّهٔ خودش یعنی به ذمّه خود برای دیگری چیزی می‌خرد، که ثمن را خودش بدهد و خودش مشغول الذمّه باشد، نه دیگری و ضمناً لفظ عقد را مطلق آورده و مقیّد به قید فی ذمّتی و لغیری نمی‌کند، ولی قصدش‌این است که ثمن به ذمّهٔ خودش بیاید و مثمن ملک دیگری شود (علّت آوردنِ و اطلق اللفظ آن است که: اگر لفظ را مطلق نیاورد و مقیّد کند به قولش که اشتریت لفلانٍ... نمی‌توانیم احکام بعدی را صادر کنیم و بگوییم: اگر غیر ردّ کرد معامله برای مباشر و فضولی واقع می‌شود بلکه ناچار می‌شویم از حکم به بطلان.) حکم این فرض آن است که: فقهای امامیّه به اتفاق چنین فتوی داده‌اند: اگر آن غیر که «مَنْ قُصِدَ مالکیّته للمثمن» است معاملهٔ مزبور را اجازه کرد، معامله صحیح است و برای خود مُجیز واقع می‌شود و ثمن را هم خود او و باید بدهد وگرنه معاوضه معقول نخواهد بود. ولی اگر غیر معامله را ردّ کرد (نگفته‌اند: معامله باطل می‌شود بلکه فرموده‌اند:) معامله از ناحیهٔ خود مباشر (فضولی) نافذ و مؤثر می‌شود و ثمن به ذمّه خود او می‌آید و باید از عهده برآید. (امّا مثمن ملک چه کسی می‌شود؟ ملک منوّی له؟ یا ملک ناوی یعنی فضولی؟ عبارت ساکت است و بعداً در نقد مرحوم شیخ تحلیل خواهد شد.) و فتوای قدیم شافعی از عامّه و نیز احمد حنبل از عامّه هم همین است.

سؤال: چرا در فرض ردّ غیر، حکم به بطلان نکردید و حکم به صحّت و نفوذ از سوی خود فضولی کردید؟

جواب: برای اینکه فضولی در مال دیگری که تصرّف نکرده تا با ردّ دیگری تمام اینها ابطال شود، او فقط در ذمّهٔ خویش تصرّف کرده است و اختیار ذمّهٔ خویش را دارد، پس با ردّ غیر برای خودش ثابت می‌شود.

سؤال دیگر: چرا از اوّل نگفتید: برای خود مشتری واقع می‌شود و ربطی به غیر ندارد، بلکه موقوف به اجازهٔ غیر کردید؟

---

۱. هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، ص ۲۸۳.

جواب: زیرا فضولی ابتدائاً قصد غیر داشت و شراء را برای او منعقد کرده و هدف اصلی‌اش این بود که بدین وسیله متاع ملک فلانی شود، و لذا منوط به رضایت و اجازهٔ غیر است، آنگاه اگر غیر، اجازه کرد معامله برای او لازم می‌گردد و باید از عهده برآید، و اگر ردّ کرد برای مشتری لازم می‌شود.(در حقیقت با این بیان تنافی رفع شد و میان قصد ذمّهٔ خودش با قصد وقوع شراء برای غیر، جمع کردیم به این صورت که:

در قدم اوّل قصد غیرمقدّم است چون او غرض اصلی است پس اگر او اجازه داد معامله برای او است، و در قدم دوّم اگر اورضایت نداد قصد خودش زنده می‌شود ومعامله برای او واقع می‌شود.)

ضمناً فرقی ندارد(یعنی ضرری به وقوع معامله برای مشتری نمی‌زند وقادح نیست)که فضولی ثمن در ذمّه را از مال همان غیر که مقصودش بود نقد کرده و به فروشنده بپردازد (که چنین اقباض و دفعی صحیح نیست و باید قبضِ صحیح صورت پذیرد، ولی لطمه به صحّت معامله نمی‌زند.)و یا از مال دیگر ذمّه را فارغ کند.

باز فتوای ابوحنیفه و رأی جدید محمد بن ادریس شافعی (در مقابل رأی قدیم او) بر خلاف دیگران است یعنی در فرض شراء در ذمّه هم بطور مطلق گفته‌اند: معامله برای خود مشتریِ فضولی واقع می‌شود، چه آن غیر اجازه بکند و چه اجازه نکند (با این تفاوت که: در فرض شراء به عین ثمن، اگر اجازه می‌کرد، مشتری مالک متاع می‌شد با همان ثمن معیّن که مال غیر بود، ولی در فرض شراء به ذمّه خودش، اگر هم غیر، اجازه کند همین معامله در ذمّه را اجازه کرده پس ذمّه خود مشتری مشغول می‌شود نه ذمّه غیر،) پایان کلام علاّمه.[1]

قوله: و ظاهره:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از ظاهر کلام علاّمه چنین فهمیده می‌شود که: در فرض شراء در ذمّه، اگر غیر، معامله را ردّ کرد، بالاجماع معامله باطل نیست و برای خود فضولی واقع می‌شود، آنهم صحّت واقعی دارد یعنی واقعاً و عندالله برای مباشر واقع می‌شود و این حکم واقعی است نه اینکه فقط در ظاهر چنین باشد (ثمره بعداً خواهد آمد) و قرینهٔ

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.

وقوع واقعی آن است که: در مقام تعلیل صحّت فرموده: مشتری در مال کسی تصرّف نکرده تا با ردّ دیگری معامله باطل شود، بلکه در ذمّهٔ خویش تصرّف کرده و اینکه محذوری ندارد، هرکس می‌تواند به ذمّه خود چیزی را خریداری کند و اگر با شرائط خرید واقعاً هم مالک شود. (مضافاً به قرینهٔ مقابله: اگر اجازه می‌کرد می‌گفتیم: معامله صحیح است و برای غیر واقع می‌شود و لا ریب در اینکه وقوعش واقعی بود نه ظاهری، حال اگر ردّ هم کرد می‌گوییم: معامله صحیح است و برای مشتری واقع می‌شود، پس باید این وقوع هم واقعی باشد.) و از نظر ما صحّتِ واقعی مبتلا به اشکال است، زیرا اینکه در ذمّه خود برای دیگری متاعی را خریداری می‌کند از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا اصالتاً و استقلالاً و به عنوان اینکه خودش است (نه به عنوان نیابت و غیره) این معامله را انجام می‌دهد و تصمیم می‌گیرد که ثمن به ذمّهٔ خودش باشد، چنین معامله‌ای مثل معامله با عین مال خودش است، یعنی مثل آن است که با عین مال خارجی برای دیگری چیزی خریداری کند، فرقی ندارد که به ذمّه‌اش برای کسی چیزی خریداری کند، یا با پولی که در دست دارد و ملک او است برای شخص دیگر متاعی ابتیاع کند، حال حکم چنین شرائی چیست؟

می‌فرماید: از نظر قواعد معامله چنین شرائی از دو حال خارج نیست:

الف: یا محکوم به بطلان است، اگر به نیّت غیر عمل شود، یعنی مشتری قصدش این بود که برای غیر خریداری کند و معذلک از عین مال خودش یا در ذمّه‌اش ثمن را قرار دهد، و این قصد را الغاء نکنیم و حفظ کنیم، حتماً باطل است زیرا کراراً گفته آمد که: حقیقت معاوضه آن است که ثمن از ملک هر کسی خارج شد مثمن در ملک همان کس داخل شود و معقول نیست و صدق معاوضه نمی‌کند بر اینکه ثمن از ملک مشتری درآید ولی مثمن در ملک غیر داخل شود، پس علی القاعده باید حکم به بطلان کرد.

ب: و یا محکوم به صحّت است، اگر نیّتِ غیر الغاء شود و بگوییم: قصد غیر داشتن وجودش کالعدم است به این دلیل که وقتی با عین مال خودش چیزی را می‌خرد، چه بخواهد و چه نخواهد، چه نیّت غیر داشته باشد یا نه، به طور قهری معامله به خود صاحب مال و مالک اصلی منصرف می‌شود و مثمن ملک او می‌شود. در نتیجه محکوم به صحّت است آنهم صحّت لنفسه یعنی برای خود صاحب ثمن نه صحّت مطلقه که

مثمن بتواند ملک غیر شود. خیر فقط برای مالک اصلی است.

۲ـ و یا به عنوان نیابت و وکالتِ فضولی این شراء را انجام می‌دهد، یعنی در حقیقت دو تا کار فضولی می‌کند: یکی شراء برای غیر فضولیّاً، و دیگری نیابت از غیر فضولیّاً، و خود را به جای غیر فرض می‌کند و قائم مقام غیر قرار می‌دهد (البته اذن در این جعل ندارد و فضولتاً چنین می‌کند) و وقتی خود را به جای او فرض کرد ذمّهٔ خود را ذمّهٔ غیر می‌بیند، و به این عنوان قصد ذمّهٔ خودش را می‌کند که در حقیقت ذمّهٔ غیر است (همان طور که **ید الوکیل ید الموکل و لسانه لسانه هکذا ذمّة الوکیل ذمّة الموکّل**) حکم این فرض: مرحوم شیخ می‌فرماید: اوّلاً اصل این نیابت فضولی محلّ اشکال است (البته محشیّن اعتراض کرده‌اند که فضولی اگر صحیح باشد در همهٔ معاملات صحیح است چه بیع و چه وکالت، و وجهی برای «**مع الاشکال فی صحتة**» در کلام شیخ نیست.[1]) مگر به نوعی برگردد به مطلبی که در اوّل این امر اوّل ذکر شد که: جَعْلُ العوض ثمناً فی ذمّة الغیر باشد، یعنی گرچه در ظاهر فی ذمّتی گفته ولی چون با فرض نیابت است و ذمّهٔ خود را ذمّهٔ غیر حساب کرده پس در باطن گویا مستقیماً ثمن را به ذمّه غیر گذاشته و گفته: «**اشتریت هذا الثوب لفلانٍ بدرهم فی ذمّة فلان**»، و قبلاً حکم این مورد بیان شد که اشکالی نداشت.

و ثانیاً اگر به ذمّه قرار دادن مال به عنوان نیابت فضولی باشد لازمه‌اش این است که: وقتی غیر، شراء را ردّ کرد، و نیابت را هم ردّ کرد، بگوییم: معامله از اصل و اساس فاسد وباطل است (چون ماقُصِدَ لم یقع) نه اینکه بگوییم: معامله صحیح است و برای فضولی واقع می‌شود (زیرا ماوقع لم یُقصد) و عقود هم تابع قصود است.

قوله: نعم:

تا به حال وجهی برای وقوع شراء برای خود فضولی آنهم واقعاً و حقیقتاً، نیافتیم، حال می‌فرماید: اگر طرف اصیل یعنی بایع منکر شد و گفت: من خیال می‌کردم این آدم برای خودش خریداری می‌کند و نمی‌دانستم که فضولی است و قسم خورد بر نفی علم، و متقابلاً مشتری هم نتوانست ثابت کند که قصد غیر داشته و برای خود نمی‌خریده، در چنین فرضی حکم به وقوع معامله برای مشتری می‌شود و او را ملزم به پرداخت ثمن

---

۱. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۴۷ و حواشی دیگر.

می‌کنند ولی نه واقعاً بلکه در ظاهر شریعت (و ثمره در اینجا ظاهر می‌شود که: اگر واقعاً معامله برای او واقع شود، پس مثمن واقعاً ملک او است و حقّ تصرّف دارد ولی اگر در ظاهر حکم به صحّت شد، حکم ظاهری فقط برای رفع دعوا است و چون خودش معترف است که قصد غیر داشته، پس حقّ ندارد در مثمن دخل و تصرّفی انجام دهد.) و گروهی از فقهاء در باب توکیل به این امر تصریح دادند: (منجمله محقّق اوّل در شرایع فرموده: **وکلّ موضعٍ یبطل فیه الشراء للموکّل للمخالفة فان کان سمّاه لم یقع عن احدِهما و ان لم یکن سمّاه قُضی به علی الوکیل فی الظاهر واخذ المبیع مقاصة وکذا لوانکر الوکالة**) وکیف کان: اینکه معامله در واقع صحیح باشد و مثمن از ملک بایع درآمده باشد و مردّد باشد بین فضولی که مباشر عقد است یا منوّی که غیر باشد (تردّد به این معنی که: اگر غیر اجازه کرد واقعاً برای او واقع می‌شود، و اگر ردّ کرد واقعاً برای فضولی می‌شود.) اثبات آن از خرط قتاد (کندن خارهای درخت خار دار با دست باز از بالا به پائین که خیلی سخت و طاقت فرسا است) هم مشکلتر است. در پایان: از باب توجیه کلام بزرگان ممکن است کلام علاّمه را توجیه کرده و بگوییم: منظورش از وقوع معامله برای مباشر عقد یعنی فضولی، وقوع واقعی نیست بلکه وقوع ظاهری است، و برایشان ایرادی نیست. و لکن این توجیه هم بعید است و با ظاهر تعلیل مذکور در کلام علاّمه (لأنه تصرّف فی ذمّة...) سازگار نیست. پس اشکال بر ظاهر قول علاّمه، کماکان به قوّت خود باقی است.

قوله: الثانی:

دوّمین امر باقیمانده: دربارهٔ معاطاتِ فضولی است: در اوائل کتاب البیع، مطلق بیع را به دو قسم تقسیم کردیم:

۱ـ بیع قولی یاعقدی یا باصیغه: بیعی که با ایجاب و قبول لفظی انشاء می‌شود.

۲ـ بیع فعلی یا معاطات: معامله‌ای که با اخذ واعطاء، قبض و اقباض، داد و ستد به نیّت انشاء تملیک حاصل می‌شود و به نفس این دادن و ستاندن انشاء تملیک و تملّک می‌شود. حال یکی از مصادیق مطلق البیع، بیع فضولی است (و مصداق دیگر بیع مالکین، وکیلین، ولیّین و... است) که آن نیز دو شعبه دارد:

۱ـ بیع فضولی قولی: معامله‌ای که فضولی با انشاء لفظی و گفتنِ بعتُ و اشتریت

انجام می‌دهد، و کلّ مطالبی که از اوّل بیع فضولی تا اینجا ذکر شد، مربوط به همین بخش بود.

۲ـ بیعِ فضولیِ فعلی یا معاطاتِ فضولی: دو نفر که هر دو فضولی هستند و یا یکی از آندو فضولی و دیگری اصیل است، با یکدیگر معاملهٔ معاطاتی انجام می‌دهند، و تقابض و تعاطی می‌کنند و هر کدام مالی را به دیگری به قصد انشاء تملیک می‌دهند و این امر ثانی دربارهٔ بیان حکم همین قسم است: سؤال: آیا معاطات فضولی مثل بیع فضولی است و موقوف بر اجازهٔ مالک اصلی است؟ یا از ریشه باطل و بی‌اثر است و اجازه لاحق هم تأثیری ندارد؟ در جواب این سئوال، مسأله را بر دو مبنای مذکور در باب معاطات مبتنی می‌کنند: آنجا بحثی بود که آیا معاطاتی که مقصود طرفین از آن تملیک و تملّک است، مفید اباحهٔ تصرّف است؟ یا مفید ملکیّت است؟ مشهور فقهاء تا زمانِ محقّق ثانی می‌گفتند: معاطات کذائی فقط مفید اباحهٔ تصرّف است، ولی محقّق ثانی و جماعتی و منجمله شیخ اعظم می‌فرمود: معاطات مزبور مفید ملکیّت است. (البته ملک جایز و متزلزل و نه لازم) حال بنابر اینکه در آن بحث مسلک مشهور را اختیار کنیم و معاطات را مفید اباحه بدانیم، در ما نحن فیه باید بگوییم: معاطات فضولی باطل و بی‌اثر است و حتّی مفید اباحهٔ تصرّف هم نیست، زیرا افادهٔ اباحه بر خلاف اصل است، چون مقصود متعاطیین تملیک و تملّک بود نه صرف اباحه، و عقود هم تابع قصود هستند، پس علی القاعده باید معاطات مفید ملک می‌بود ولی حکم به اباحه شده، پس این خلاف قاعده است، و در اموری که خلاف اصل باشد به قدر متیقّن اکتفا می‌شود، و قدر متیقن از معاطاتی که مفید اباحهٔ تصرّف می‌باشد، معاطاتِ دو مالک یا مأذون است نه دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل، و بر فرض شک در تأثیرِ معاطاتِ فضولی از اصل عدم تأثیر استفاده می‌کنیم.

ولی بنابر مسلک محقّق ثانی و متأخّرین از وی که معاطات را مفید ملک می‌دانند، شیخ اعظم می‌فرماید: بر این مبنی فرقی میان بیع فضولی و معاطات فضولی در تمام اقسام بیع فضولی (که در امر اوّل به دوازده قسم اشاره شد، مضافاً به اقسام دیگری که در دنبالهٔ آن آوردیم) وجود ندارد، و به عقیدهٔ ما هیچ مانعی ندارد که دو فضولی یا یک فضولی و یک اصیل به نیّت تملیک و تملّک با یکدیگر داد و ستدی انجام دهند (مثل

اینکه ایجاب و قبولی انجام می‌دادند) و موقوف به اجازهٔ مالک اصلی باشد و اگر اجازه داد این معاطات صحیح و مفید ملک باشد، آنهم براساس دو مسلکی که در باب اجازه خواهد آمد که ناقله باشد یا کاشفه، اگر ناقله باشد از هنگام اجازه ملکیّت جایزه محقّق می‌شود و معاطات مؤثّر می‌گردد، و اگر کاشفه باشد از حین تعاطی و وقوع معاطات ملکیّت بوده و اجازه کاشف از آن است، (و به زودی ثمرات و نتایج قول به کشف و نقل خواهد آمد.) و وقتی مانعی نبود، عمومات و اطلاقاتِ باب بیع و تجارت همان طور که بیع فضولی را شامل بود (و عمده دلیل مرحوم شیخ بر صحّت فضولی همین اطلاقات و عمومات بود.) همچنین معاطات فضولی را هم شامل می‌شود،پس احّل الله البیع [۱] تجارةً عن تراض [۲] و...ما نحن فیه را شامل می‌شود. و علاوه بر دلیل مذکور، مؤیّدی هم داریم که حدیث عروهٔ بارقی است، وجه تأیید آن است که: ظاهر قضیّه آن است که معامله عروه (که در بین راه یکی از دوگوسفند را به یک دینار فروخت وگوسفند را تحویل داد و دینار را گرفت.) به نحو معاطات انجام شده و معذالک رسول اکرمصلّی‌الله‌علیه‌وآله کار او را تقریر کرد و رّد نکرد، پس معاطات فضولی هم با اجازهٔ مالک صحیح است.

(سؤال: منشاء ظهور آن روایت در معاطاتی بودن معامله چیست؟ جواب: مرحوم شهیدی فرموده: شاید منشاء ظهور غلبه باشد [۳] که غالباً معاملات مزبور در خارج به معاطات انجام می‌شده (و الظّن یلحق الشئی باالاعمّ الاغلب،) ولی کراراً گفته آمده که غلبه ظنّ آورست و ارزشی ندارد مگر به پایهٔ ظهور برسد که ثابت نیست و اوّل الکلام است.و مرحوم سیّد فرموده: شاید منشاء ظهور، سیرهٔ مستمرّه باشد، به این نحو که در زمان ما که این گونه معاملات به نحو معاطات انجام می‌گیرد پس در آن زمان هم چنین بوده، و سپس خود سیّد در آن مناقشه کرده که: از کجا این سیره تا آن عصر استمرار داشته باشد؟! [۴] و مرحوم ایروانی منشاء ظهور را ترک استفصال قرار داده که پیامبرصلّی‌الله‌علیه‌وآله از عروه سؤال نکرد که: این معامله را به قول انجام داده یا معاطاتی؟ و بدون طلب تفصیل کار او را تأیید کرده و فرمود: بارک اللّه فی صفقة یمینک، البته در این وجه نیز مناقشه شده است [۵] ولی از دو وجه دیگر بهتر است.)

---

۱. سورهٔ بقره / ۲۷۵. ۲. سورهٔ نساء / ۲۹.
۳. هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، ص ۲۸۴.
۴. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۴۷. ۵. حاشیة المکاسب، ص ۱۲۵.

(سؤال دیگر: اگر ظهور در معاطات دارد خوب بود آن را دلیل قرار می‌دادند و می‌فرمودند: یدّل... چرا فرمودند: و یؤیّد، و این را مؤیّد قرار داده‌اند؟ جواب سابقاً گفته آمد که مورد حدیث آنجائی است که عروه علم به رضایت مالک یعنی پیامبر ﷺ داشت و در بیان مصادیق بیع فضولی اختلاف بود که آیا با علم به رضایتِ مالک هم معامله فضولی است و باید اذن صریح بدهد؟ یا به مجرّد احراز رضایت، معامله از فضولی بودن خارج است؟ به عقیدهٔ مشهور: باز هم معامله فضولی است. ولی به عقیدهٔ شیخ موضوعاً از فضولیّت خارج بود، حال بر مسلک ما روایت از بیع فضولی اجنبی است ولی بر مسلک مشهور دلیل بر بیع فضولی است و به همین مقدار که مشهور قبول دارند، برای ما یک مؤیّد می‌شود.)

قوله:و توهّم:

عدّه‌ای با ما مخالفت کرده و گفته‌اند: معاطات فضولی کلّاً باطل و فاسد است و با اجازهٔ بعدی هم قابل اصلاح نیست، از مجموع سخنانِ مخالفین سه دلیل مستفاد است که به نقد و بررسی آنها می‌پردازیم.

دلیل اوّل همین است که به عنوان توهّم ذکر شده، و آن اینکه: متوهّم می‌گوید معاطات یعنی قبض و اقباض و اخذ و اعطاء طرفینی پس باید فضولی هم مال غیر را به قبض طرف معامله بدهد تا معاطات صدق کند، و اقباضِ فضولی تصرّف در مالِ غیر است، و تصرّف در مالِ دیگری بدون اذن مالک و طیب نفس او حرام است، پس اقباض مزبور حرام است، و حرمت ملازم با فساد است، یعنی اقباض مزبور چون نامشروع است فاسد و بی‌اثر است و وجودش کالعدم است و کانّ اقباضی صورت نگرفته، آنگاه اجازهٔ بعدی هم کاری از پیش نمی‌برد و تأثیری ندارد، زیرا چیزی که مؤثر باشد نیامده تا اجازه آن را تکمیل کند. پس معاطات فضولی باطل است.

قوله: فی غیر محلّه:

مرحوم شیخ از توهّم مذکور، چهار جواب می‌دهند:

۱ـ اوّلاً چنین نیست که همیشه از سوی فضولی اقباضی صورت بگیرد تا بگویید حرام است، بلکه گاهی فضولی چیزی را برای دیگری در ذمّهٔ همان دیگری خریداری می‌کند و از طرف فضولی اعطائی صورت نگرفت تا حرام باشد، از طرف دیگر هم که

اقباضی صورت گرفته، علی الفرض او اصیل است و اقباض مال خودش که حرام نیست، و باز علی الفرض در معاطات اعطاء یکطرف هم کافی باشد. حال دلیل شما چنین فرضی را شامل نیست، پس اخصّ از مدعّای شما است.

۲ـ ثانیاً بر فرض که از سوی فضولی هم اقباض صورت بگیرد و مال مردم را به طرف معامله بدهد، ولی چنین نیست که همیشه و همه جا اقباض مال مردم حرام باشد، بلکه ای چه بسا فضولی یقین داشت که مالک اصلی راضی به این اعطاء است و یا خیال می‌کرد که او راضی است، در این فرض هم اقباض حرام نیست تا بگویید حرمت مستلزم فساد است و... پس دلیل شما این فرض را هم شامل نیست و اخصّ از مدعّا است. (البته همان قید مذکور در حدیث عروه را می آوریم که: بنابر مسلک مشهور که با علم به رضایت هم معامله از فضولی بودن خارج نشود، این جواب صحیح است.)

۳ـ بر فرض که اقباضی باشد و حرام هم باشد (در اثر عدم احراز رضایت مالک اصلی) ولی چنین نیست که هر حرمتی مستلزم فساد باشد بلکه اگر اقباض به عنوان اینکه بیع و معامله است حرام و منهی می‌شد نهی ارشاد به فساد بود ولی اقباض به عنوان اینکه تصرّف است تحریم شده و حرمت تصرّف صرفاً تکلیفی است و در معاملات چنین نهی و حرمتی ملازم با فساد نیست، پس نتوان گفت: اصل معاملات فضولی باطل است.

۴ـ بر فرض که اقباضی باشد و حرام هم باشد و حرمت هم مستلزم فساد باشد، ولی معنای فساد چیست؟ معنایش آن است که: اثر مقصود بر این معاطات بار نمی‌شود، اثر مقصود چیست؟ آن است که نفس این معاطات سبب مستقّل و علّت تامّه برای ملک باشد (چنانکه در معاطات مالکین است.) حال معاطات فضولی فاسد است یعنی علّت تامّهٔ نقل و انتقال نیست، ما هم این را قبول داریم، ولی این منافاتی ندارد با آنکه سبب ناقص و جزء العلّة باشد و به ضمیمهٔ اجازهٔ بعدی مؤثر باشد.

قوله: و ربما يستدل:

دلیل دوّم و سوّم مخالفین دو بیانی است که مرحوم شیخ اسد الله تستری در مقابیس[1]

---

۱. مقابس الانوار، ص ۱۳۸.

دارد:

بیان اوّل: حقیقت معاطات عبارتست از تراضیِ طرفین بااضافهٔ قصد اباحهٔ تصرّف یا قصد ملکیّت داشتن، و قبض و اقباض در حقیقت آن اصلاً دخیل نیست. «صغری» و دو امر مذکور یعنی تراضی و قصد از وظایف و خصائص مالک اصلی است و صدور آندو از غیر معقول نیست، مالک اصلی باید طیب نفس داشته باشد او باید قصد اباحه و ملک بکند نه دیگری «کبری» پس معاطات از مختصّات مالک است و از غیر او متصور نیست «نتیجه» و فضولی هم که مالک نیست، پس معاطات از او واقع نمی‌شود. «نتیجهٔ نهائی»

بیان دوّم: بر فرض که قبض و اقباض هم در معاطات دخیل و معتبر باشد ولی قبض اقباض که مقارن با دو امر مذکور (تراضی، قصد ملک یا اباحه) باشد معتبر است نه هر قبض و اقباضی «صغری» و قبض و اقباض با دو ویژگیِ مذکور از وظائف مالک است و باید از مالک یا مأذون صادر شود تا مؤثر باشد وگرنه بی‌اثر است «کبری» پس معاطات هم باید از مالک یا مأذون صادر شود و الّا اثری ندارد «نتیجه» و فضولی مالک یا مأذون نیست پس معاطاتِ او اثر ندارد و معنای بطلان هم جزاین نیست.«نتیجه نهائی»

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ اوّل از بیان دوّم دو جواب می‌دهند:

جواب اوّل: آنان که در معاطات قبض و اقباض را شرط و معتبر می‌دانند برای چیست؟ فقط برای این است که بدین وسیله انشاء تملیک و تملک شود و سبب مملّک درست شود، زیرا علی الفرض قولی که نیست پس باید به عمل و فعل یعنی قبض و اقباض انشاء تملیک کنند، پس این فعل هم سبب مملّک است و (چنانچه که در تعابیر بزرگان هم آمده مثلاً شهید در قواعد فرموده: معاطات نزد فقهاء عقد فعلی است و عقد هم که سبب ملک است، یا بعض از حنفیّه که طرفدار لزوم معاطات هستند و آن را مفید ملکِ لازم می‌دانند گفته‌اند: بیع هم با ایجاب قبول منعقد می‌شود و هم با تعاطی و هر دو را سبب قرار داده‌اند.)

حال که اشتراط قبض به منظور تحقّق سبب ملک و انشاء تملیک است، می‌گوییم: چه مانعی دارد که اقباضِ فضولی مثل انشاء قولی و ملکّت گفتن او باشد؟ همانطور که صیغه را با قصد انشاء به زبان می‌آورد، این اقباض را با همان قصد انشاء انجام می‌دهد،

آنگاه چرا فرق می‌گذارید؟ و بیع فضولی را صحیح می‌دانید ولی معاطات او را باطل می‌دانید؟!

قوله: و اعتبار:

جواب دوّم: اینکه گفتید باید قبض و اقباض مقارن با طیب نفس و تراضیِ مالکین باشد می‌پرسیم: مگر ادلّهٔ اعتبار طیب نفس واحد نیست؟ قطعاً خواهید گفت: آری این ادلّه اتحاد دارند.

می‌پرسیم: اگر واحد است پس چرا فرق می‌گذارید میان بیع قولیِ فضولی با معاطات او و در بیعش مقارنت رضایت را شرط نمی‌دانید ولی در معاطات شرط می‌دانید؟ حقّ این است که ایندو مثل هم می‌باشند، اگر مقارنت طیب نفس شرط است در هر دو شرط است و اگر شرط نیست در هیچکدام نیست، و چون در بیع فضولی این شرط را نمی‌دانید پس در معاطات فضولی هم نباید شرط بدانید.

الّا ان یقال:

مگر کسی بگوید: مقتضای دلیل‌این است که: همه جا طیب نفس مالک مقارن با عقد باشد منتهی خصوص بیع قولیِ فضولی به دلیل خاص از این اصل خارج شده و مقارنت در آن شرط نیست امّا معاطات فضولی که دلیل خاص ندارد و استثناء نشده و در تحت همان دلیل باقی است و چون طیب نفس مقارن نیست پس فاقد شرط بوده و باطل است.

لکن قبلاً دانستی که عقد فضولی یک استثناء و امر بر خلاف قاعده و قانون نیست، پس اگر علی القاعده است فرقی میان او و معاطات فضولی نیست. و حق این است که: در هیچکدام مقارنت تراضی معتبر نیست.

قوله: نعم لو قلنا:

این فراز جواب از بیان اوّل صاحب مقابیس است: مرحوم شیخ نخست اصل بیان را می‌پروراند و سپس با «**لکّن الانصاف**» جواب می‌دهد، امّا اصل بیان: اگر کسی قائل شود به این مطلب که: در حقیقت معاطات قبض و اقباض اصلاً معتبر نیست (اگر چه همراه با آن قبضی هم اتّفاق بیفتد ولی جنبی و در کنار معاطات است نه خود آن و مقارن اتّفاقی است.) بلکه حقیقت معاطات عبارتست از تراضیِ باطنیِ دو مالک اصلی بر اینکه هر یک مال دیگری را مالک شود (حال این تراضی مطلقاً باشد یعنی چه در کنارش ایصال و

وصولی باشد یا نه، یا همراه با وصول مال طرفین به یکدیگر باشد، یا همراه با وصول یکطرف باشد، آنهم ایصال و وصول توّسط خود مالکها باشد یا توّسط قائم مقام آنها باشد، یا بواسطهٔ اجنبی باشد یا بواسطه صبّی باشد، یا حتّی توسّط چهار پایی باشد و بلکه حتّی اگر توسّط وزش باد باشد، اینها هیچکدام در ماهیّت معاطات دخیل نیست.) حال اگر معاطات صرف تراضی باطنی باشد و سبب مستقّل و علّت تامّه ملک یا اباحه همین تراضی باشد پر واضح است که چنین چیزی از فضولی میسور نیست چون او مالک نیست وملاک تراضی مالکین است، پس معاطات هم از فضولی میسّر نیست، آری آنچه از فضولی میسور است همان ایصال و رساندن مال کسی بدست دیگری است وفرض اینست که ایصال در معاملهٔ معاطاتی دخیل نیست. آنگاه اگر بدنبال این ایصال مالک اصلی راضی شد که کسی که مال دست او رسیده مالک مال شود، به نفس این رضا معاطات محقّق می‌شود، نه اینکه این رضایت، امضاء و اجازه یک معاطات پیشین باشد. پس اگر معاطات را مجرّد تراضی طرفین...بدانیم، از فضولی قابل صدور نیست.

قوله: و لکن الانصاف:

تا اینجا تبیین بیان اوّل محقّق تستری بود. ولی جوابش این است که: احدی از علماء از معاطات چنین معنائی را قصد نکرده، آنها وقتی می‌گویند: «معاطات» منظورشان یک عقد معاملهٔ فعلی است یعنی معامله‌ای که با فعل و عمل انجام می‌گیرد، در مقابل معاملهٔ قولی که با قول انجام می‌گیرد، پس حقیقت معاطات همان تعاطی و تقابض طرفینی است و همانطوری که بعتُ و ملّکتُ گفتن به نیّت انشاء تملیک از فضولی میسور است و شما هم قبول دارید، همچنین اعطاء و اقباض هم به نیّت مزبور از فضولی میسور است و هیچ محذوری ندارد. پس معاطاتِ فضولی هم موقوف بر اجازهٔ مالک است و باطل نیست.

قوله: هذا کلّه:

مطالبی که از آغاز امر ثانی تا به حال گفته آمد، تماماً بر مبنای متأخرین بود که معاطات را مفید ملک می‌دانستند و نتیجه این شد که معاطات فضولی هم داریم. و امّا اگر کسی مبنای مشهور راگرفت و معاطات را مفید اباحه دانست، حق این است که: در ما نحن فیه یعنی باب فضولی، معاطات فضولی باطل است. و دو دلیل بر بطلان آن داریم:

۱ـ افادهٔ اباحه بر خلاف اصل است، زیرا مقصود متعاطیین تملیک بود و علی

القاعده باید حکم به ملکیّت می‌شد نه اباحه، چراکه عقود تابع قصود هستند، پس حکم به اباحه خلاف قاعده، و در اموری که خلاف اصل باشند به قدر متیقن اکتفامی شود وقدر متیقن از معاطاتی که مفیداباحه است، معاطاتِ مالکین است و اگر بین دو فضولی یا یک فضولی ویک اصیل واقع شد بی‌اثر است.

۲ـاصولاً تحقّق اباحهٔ فعلی پیش از اجازهٔ مالک ممکن نیست، زیرا اجازه اگر کاشفه باشد تا نیاید اباحه فعلی نمی‌شود و لو در واقع باشد، و اگر ناقله باشد که پر واضح است که تا اجازه نیاید اباحه‌ای نیست نه واقعاً و نه فعلاً، پس در هر حال بدون اجازه اباحهٔ فعلی نیست، ادلّه طیب نفس هم می‌گوید: تا طیب نفس نباشد حلالیّتی نیست، پس اباحه و اثر بعد از اجازه می‌آید وقبل از اجازه اباحه‌ای نیست، پس معاطات فضولی اثری ندارد و معنای بطلان هم جز این نیست که: اثری بر آن مترتّب نیست.

قوله: و الآثار:

در باب معاطات غیر از اباحهٔ تصرّف که یک اثر تکلیفی است، آثار دیگری هم بود از قبیل جواز بیع و هبه و...که مباح له بتواند این مال مباح را بدیگری بفروشد یا هبه کند که اثار وضعی هستند و قبلاً مورد بحث بود که مباح له حقّ هر نوع تصرفی دارد (حتّی تصرف متوقف برملک) یا نه؟

حال بر فرض که مباح له حقّ هر نوع تصرّفی داشته باشد، باز هم میگوییم: جواز این تصرّف در زمان اباحهٔ فعلی است واز آنِ کسی است که بالفعل مبالح له باشد و در باب فضولی تااجازه نیاید فعلاً نه اباحه‌ای و نه مُباحله‌ای، پس آثار دیگر هم بر معاطاتِ فضولی مترتّب نیست.

قوله: اللّهم: مگر کسی بگوید: در وقوع و ترتّب آثار مزبور (بیع وهبه و...) اباحهٔ فعلی معتبر نیست تا منوط به اجازه‌باشد، همان اباحهٔ واقعی هم که در واقع و عند لله ثابت است و اجازهٔ بعدی کاشف از آن است (این بر مبنای کشف است نه نقل) کافی است برای ترتب آن آثار، پس معاطات فضولی به کلّی بی‌اثر نیست تا باطل شود.

قوله: فافهم:

اشاره به این است که: اوّلاً این فقط بر مبنای کشف، معاطات فضولی را تصحیح کرد ولی بر مبنای نقل اشکال به قوّت خود باقی است. ثانیاً اباحهٔ واقعی کافی نیست و باید اباحهٔ

فعلی باشد زیرا دلیل می‌گوید: مباح له حقّ بیع وهبه و... دارد و مشتقّات ظهور در فعلیّت دارند، و مباح له یعنی کسی که بالفعل مباح له است، و فعلیّت اباحه در گرو اجازه است. پس تا اجازه نیاید معاطات فضولی هیچ اثری ندارد، پس باطل است.

القول فی الاجازة و الردّ

سه مسأله اصليِ فضولی با دو امر باقیمانده آن به پایان رسید، اینک وارد مبحث اجازه و ردّ می‌شویم: در بیع فضولی مکرّر گفته آمد که: موقوف به اجازهٔ مالک اصلی است، پس اگرمالک اصلی این بیع را اجازه و امضاء کرد صحیح می‌شود، و اگر ردّ کرد باطل می‌گردد.

حال وقت آن رسیده که مبسوطاً پیرامون اجازه و ردّ سخن بگوییم و احکام آندو را بیان کنیم: امّا دربارهٔ اجازه: مرحوم شیخ در این رابطه سه بحث منعقد می‌کنند:

۱ـ دربارهٔ احکام و شروط خود اجازه که فعل مُجیز است.

۲ـ دربارهٔ احکام و شرطهای شخص مُجیز که مالک اصلی یا قائم مقام او است.

۳ـ دربارهٔ احکام و شروط عقد و معاملهٔ مُجاز و اجازه داده شده.

(البته عنوان چهارم هم وجود دارد که مُجازله باشد ولی بحث جدائی ندارد، چون مُجازله همان طرف اصیل است که مبسوطاً قبل از بیع فضولی، احکام معاملهٔ مالک اصلی بیان شد.)

امّا مبحث اوّل: در رابطه با خود اجازه یک بحث دربارهٔ احکام اجازه است و یک بحث راجع به شروط آن، امّا احکام اجازه: مهمترین حکمی که در رابطه با اجازه مطرح است مسألهٔ کشف و نقل است: آیا اجازه کاشفه است؟ یا ناقله؟ معنای کاشفیت این است که: اجازه کاشف از این است که از هنگام وقوع عقد و معاملهٔ فضولی ملکیّت و نقل و انتقال آمده بود و ما نمی‌دانستیم و با آمدن اجازه این امر را دانستیم پس اجازه صددرصد کاشف است، تا آنجا که گویا در همان زمان که عقد واقع شد، اجازه هم حاصل شد. (البته کشف اقسامی داردکه در ادامه خواهد آمد) و معنای ناقلیّت آن است که: تا اجازه نیامده اصلاً ملکیّت و نقل و انتقالی حاصل نشده و با تحقّق اجازه نقل و انتقال هم محقّق می‌شود و قبلاً نبوده بطوری که گویا عقد فضولی هم اکنون و در هنگام اجازه محقّق شده و وجود قبليِ آن تأثیر استقلالی نداشت. (ثمرات قول به کشف و نقل را مبسوطاً بررسی خواهیم کرد.) حال مشهور فقهاء که طرفدار صحّت معاملات فضولی هستند، در یک مطلب اتفاق نظر دارند و آن توقّف معاملهٔ مزبور بر اجازهٔ مالک اصلی

است. ولی در کیفیّت مدخلیّت اجازه اختلاف نظر دارند که آیا کاشفه است؟ یا ناقله؟ در این رابطه دو مقام از بحث مطرح است:

۱ـ مقتضای قواعد و عمومات. ۲ـ مقتضای اضار خاصّه، امّا مقام اوّل:

در اینکه آیا اجازه کاشفه است یا ناقله؟ دو نظریّه مطرح است:

۱ـ بیشتر فقهاء طرفدار کشف هستند، و برای اثبات کاشفیّت به وجوهی استدلال کرده‌اند:

وجه اوّل: به عموم آیهٔ اوفو بالعقود [1] استناد کرده‌اند، آن هم به سه بیان که فعلاً بیان اوّل مطرح است: از طرفی کلمهٔ العقود در آیه مفید عموم است و عقد مالک و وکیل و فضولی هر سه را شامل است در عقد فضولی هم چه فردی که مالک اجازه کرده و چه فردی که رد کرده، و چه فردی که هنوز نه ردّ کرده و نه اجازه تمام اینها را شامل است. منتهی به حکم ادلّهٔ اعتبار طیب نفس از مجموع این افراد و مصادیق، فردی از بیع فضولی که از سوی مالک ردّ شده، از عموم آیه استثناء شده است و بقیّهٔ مشمول آیه هستند.

از طرف دیگر مفاد آیه یا مستقیماً حکم وضعی است یعنی بر عقود و معاملات خود ترتیب اثر بدهید، یعنی عقدهای شما مؤثّر است و سببیّت برای ملکیّت و زوجیّت و... دارند، و یا مفید حکم تکلیفی است یعنی وجوب وفا را می‌رساند ولی مستلزم حکم وضعی هم هست، زیرا اگر عقدی صحیح بلکه لازم نبود که واجب الوفا نبود.

و از طرف سوّم در ظاهر آیه سببیّت و تأثیر را استقلالاً به خود عقد نسبت داده و فرموده: «**اوفوا بالعقود**» و نفرموده: «**اوفوا بالعقود مع شیئٍ آخر**» ضمیمه‌ای در میان نیست.

با توجّه به این نکات می‌گوییم: به حکم عموم و اطلاق آیه خود عقد سبب مستقّل در تأثیر است، منتهی اگر این عقد از مالک اصلی صادر شود، از آنجا که از اوّل همراه با طیب نفس است و حالت منتظره ندارد، از اوّل ما یقین به سبب تامّ بودن آن داریم و علیّت تامّه بودن آن برای ما محرز و معلوم است. ولی اگر از فضولی صادر شود، با توجّه به اینکه یک فردش از عموم آیه اخراج شد، ما از اوّل یقین به سبب تامّ بودن عقد او نداریم و در ظاهر شک داریم زیرا هر لحظه احتمال می‌دهیم که مالک اصلی آن را ردّ کند و ملحق به فرد مستثنیٰ گردد، ولی هنگامی که مالک اصلی اجازه کرد خیالمان راحت

---

۱. سورهٔ مائده / ۱.

می‌شود و می‌فهمیم که این هم از عقدهائی است که سبب تامّ است و این معنی برای ما منکشف می‌شود، و وقتی سببیّت تامّه محرز شد معلول هم می‌آید یعنی حکم به ملکیّت هم می‌کنیم و منتظر چیزی نیستیم، و الّا اگر حکم نکنیم با ظاهر آیه که وجوب وفا را به خود عقد نسبت داد نه به عقد و چیز دیگر، مخالفت کرده‌ایم.[۱]

وجه دوّم: قوله: و بانّ: (پیش از بیان دوّم و سوّم وجه اوّل می‌پردازیم به بیان سایر وجوه قول به کشف) وجه دوّم از وجوه قائلین به کشف این است که: اجازهٔ بعدی به عقد قبلی و معاملهٔ فضولی بر می‌گردد، و متعلّق اجازه عقد سابق است، و مضمون اجازه آن است که: من به آن عقد سابق راضی هستم و آن را امضا می‌کنم، و مفاد عقد سابق عبارتست از نقل و تملیک از حین انشاء (**بعتُ یعنی نقلتُ هذا الشیئی الی ملکک من الآن ای من حین الانشاء**)پس اجازه هم به همین مضمون یعنی نقل از زمان انشاء می‌خورد، و این چیزی جز کشف نیست.[۲]

وجه سوّم: جناب فخر الدین در ایضاح فرموده: فرض این است که عقد فضولی مثلاً یکماه قبل صادر شده و این عقد یک سلسله الفاظی بود که تدریجاً از متعاقدین صادر شد و سپس معدوم شد، و الان در زمان اجازه آن حقیقت زمانی متدرّج و متصرّم (کلام و ایجاب و قبول) نیست. حال اگر اجازه را کاشفه بدانیم، بدان معنی است که آن عقد در همان لحظه که صادر شد و وجود یافت همان لحظه هم تأثیر گذاشت ومفید ملک شد و محذوری ندارد، ولی اگر کاشفه ندانیم و ناقله بگیریم لازمه‌اش آن است که: معدوم بما هو معدوم یعنی عقد فضولی در موجود بما هو موجود یعنی ملکیّت و نقل و انتقال، تأثیر بگذارد، و در حالیکه چنین چیزی از محالات است عدم که چیزی نیست تا در وجود تأثیر بگذارد پس قول به نقل تالی فاسد دارد و ناچار باید قائل به کشف شویم. و هو المطلوب.[۳]

---

۱. این وجه را محقّق ثانی در جامع المقاصد، ج ۴، ص ۶۲ و شهید ثانی در شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۲۹ ذکر کرده‌اند.
۲. این وجه نیز مالِ دو بزرگوار مذکور در آدرس قبلی است.
۳. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۹.

قوله: و یرد:

مرحوم شیخ از سه وجه قائلین به کشف پاسخ می‌دهند: (البته از وجه سوّم پاسخی نداده‌اند ولی بطلان آن وجه روشن است و مرحوم سیّد در حاشیه به پنج وجه از این دلیل جواب داده‌اند که یکی از آنها را می‌آوریم: محذوری که شما ذکر کردید اختصاص به ما نحن فیه ندارد عامّ البلوی است و در کلیّهٔ صیغ عقود جاری و ساری است زیرا در معاملاتی هم که مالکهاانجام می‌دهند ایجاب و قبول تدریجاً محقق می‌شود و اوّل که ایجاب آمد قبول نبود و بعد که قبول می‌آید، ایجاب موجود شد و سپس معدوم شده و چگونه جزء سبب و مؤثر در ملکیّت است؟ آیا این از باب تأثیر معدوم در موجود نیست؟ چرا هست، حال هر جوابی اینجا دادید ما همان را در ما نحن فیه می‌دهیم.[1])

امّا جواب از وجه اوّل: مقدّمه درست است که در ظاهر آیه تنها عقد را سبب تامّ معرّفی کرده ولی از ادلّه طیب نفس استفاده می‌شود که عقد به ضمیمهٔ طیب نفس و رضایت مالک، مؤثر است. آنگاه اگر عقد از مالک اصلی صادر شود، چون طیب نفس هم محرز است پس حالت منتظره‌ای نیست و خود عقد کذائی سبب تامّ است. ولی اگر از فضولی صادر شود، فرض این است که طیب نفس مالک مقرون به عقد نیست و بعداً به عقد ملحق می‌شود، پس نتوان گفت: به سبب اجازه کشف می‌کنیم که از قبل سبب تامّ بوده و مثل عقد مالک است، زیرا اجازه کاشف از رضای مقارن نیست، و حدّ اکثر معنای صحّت عقد فضولی این است که: اجازه قائم مقام رضایت مقارن است، یعنی آثار او را دارد و موجب صحّت و لزوم است، و همانطور که رضای مقارن مؤثر است، رضای لاحق هم که قائم مقام او است مؤثر است، و وقتی اجازهٔ بعدی جزء مؤثر بود عقلاً محال است که اثر آن یعنی ملکیت و نقل و انتقال پیش از او باشد زیرا همیشه علّت تامّه با تمام اجزائش تقدّم بر معلول دارد و پیش از آن است و تخلّف معلول از علّت تامّه محال است و کلّما وجُدت العلّة وُجد المعلول، پس نتوان از راه مذکور کاشفیّت را اثبات کرد.

قوله: و منه یظهر:

(این فراز در حقیقت بیان دوّم از سه بیان وجه اوّل یعنی استدلال به آیه است که وعده

---

۱. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۴۹

دادیم و مرحوم شیخ در اینجا طرح کرده و جواب داده‌اند:

امّا اصل بیان: آیۀ شریفه می‌گوید: وفای به عقد واجب است و منظور عقدی است که جامع جمیع اجزاء و شروط باشد وگرنه هر عقدی که وجوب وفا ندارد، آنگاه عقدی هم که از فضولی صادر شده جامع همۀ شروط معتبره هست(و به اصطلاح: عقد فضولی عقدی است که از اهل آن یعنی از انسان بالغ و عاقل و مختار و قاصد و...صادر شده، و در محّل آن یعنی بر چیزی که مالیّت و ملکیّت دارد و سایر شروط عوضین را دارد، و از قبیل خمر و خنزیر و...نیست. عَقْدٌ صَدَرَ من اهله و وقع فی محلّه.) تنها یک شرط را ندارد که رضایت و اجازۀ مالک اصلی باشد، آن هم که حاصل شد، سبب یعنی خود عقد تأثیر خود را می‌گذارد و موجب ملکیّت می‌شود، پس تأثیر مالِ خود عقد است و اجازه کارگر نیست، پس صرفاً کاشف از اثر واقعی است. و هو المطلوب.

قوله: فانّه اذا:

مرحوم شیخ می‌فرماید: (سخن شما یک بام و دو هوا است زیرا) از طرفی با صراحت اعتراف می‌کنید که اجازۀ مالک شرط است و از طرفی هم به صراحت می‌گویید: اجازۀ مالک کاشف از وجود مشروط و اثر قبل از اجازه و از آغاز معامله است، و این دو قابل جمع نیست، زیرا اگر اجازه شرط است دیگر محال است که کاشف از وجود اثر و مشروط قبل از خودش باشد زیرا شرط از اجزاء علّت تامّه است و علّت تامّه به تمام اجزائش بر معلول تقدّم دارد و محال است که معلول پیش از علّت خود باشد، پس قول به کشف با اعتراف به شرطیّت اجازه سازگار نیست.

قوله: و دعوی:

صاحب جواهر ره در دفاع از قول به کشف و دفع اعتراض مزبور، فرموده: شروط شرعیّه را به شروط عقلیّه قیاس نکنید: علل اعتباری و جعلی و تشریعی را به علل و اسباب تکوینی و واقعی و خارجی قیاس نکنید، این در اسباب و شروط عقلی و تکونی است که سبب پیش از مسبّب است، شرط مقدم بر مشروط است و تا شرطی نباشد مشروطی هم نیست، تا تماسّی نباشد احراق هم نیست، چون شرط از اجزاء علّت تامّه است و علّت تامه به تمام اجزائش مقدم بر معلول است (به تقدّم رتبی و تعاصر زمانی) ولی بحث ما در شروط شرعیّه است که ماهیّتی جعلی و اعتباری دارند، و امور اعتباری تابع اعتبار معتبر

است و زمام امرش به دست اعتبار کننده است و هیچ مانعی ندارد که شارع مقدّس چنین اعتبار کند که گاهی فلان عمل در وقت خودش مصلحت دار است به شرط اینکه بدنبالش و در زمان آینده فلان خصوصیّت اتفاق بیفتد، و مصلحت دار بودن را بر امر متأخر متوقف کند. از نظر شرعی ای چه بساامورى که شبیه سبب و مسبّب هم هستند (که در تکوینیّات قطعاً تقدم مسبّب بر سبب محال است. ولی) در شرعیّات مواردی مشاهده می‌شود که ظاهراً مسبّب بر سبب مقدّم شده است به عنوان مثال: روز جمعه سبب استحباب و مشروعیّت غسل جمعه است ولی در مواردی می‌توانیم آن را روز پنجشنبه انجام دهیم، پس مشروعیّت و استحباب که مسبّب است قبل است، و فرا رسیدن یوم الجمعه که سبب باشد، بعد است. و محذوری هم ندارد. مثال دیگر: وجوب زکات فطرة و صحّت و اِجزاء آن مسبّب از دخول هلال شوّال است ولی پیش از آن هم می‌توان پرداخت کرد و مجزی هم هست، پس سبب که هلال شوّال باشد متأخر است و مسبّب که اعطاء فطرة و مقبولیّت آن باشد متقدم است. حال اگر در شبه سبب و مسبّب مطلب از این قرار بود، در شرط و مشروط به طریق اولی مشروط می‌تواند بر شرط مقدّم شود و هیچ محذوری هم ندارد، و به عنوان نمونه دو مثال از شرط و مشروط می‌آوریم:

۱ـ زن مستحاضه با شرائطی باید برای نماز صبح غسل کند، وجوب غسل مشروط به طلوع فجر است، ولی زنی که مستحاضه است و می‌خواهد روزه هم بگیرد، حتماً باید پیش از نماز صبح غسل کند ملاحظه می‌کنید که مشروط که غسل باشد پیش از اذان است و شرط که طلوع فجر باشد متأخر است.

۲ـ بنابر فتوای جمعی زنی که مستحاضۀ کثیره است و باید برای نماز مغرب و عشا هم غسلی انجام دهد، اگر ماه رمضان بود و آنروز را روزه گرفت باید شب که فرا رسید غسل استحاصه را انجام دهد وگرنه روزه‌اش باطل است. حال صحت صوم که مشروط است متقدّم و در طول روز است ولی غسل شب که شرط است متأخر می‌باشد. پس در شرعیّات تقدّم مشروط بر شرط، مسبّب بر سبب بلامانع است (حال ما نحن فیه هم از این قبیل است که شرط که اجازه باشد بعداً می‌آید ولی مشروط که تأثیر عقد و ملک آور بودن آن است، قبلاً و از زمان عقد آمده است.)

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ از ادّعای صاحب جواهر جواب می‌دهند: تقدّم مسبّب بر سبب یا مشروط بر شرط (به معنای حقیقی کلمه) عقلاً محال است، و قواعد عقلی تخصیص بردار نیست و اگر چیزی عقلاً محال بود همه جا محال است، و فرقی میان موارد شرعی و غیر شرعی ندارد، چنین نیست که تناقض عقلی محال باشد ولی تناقض شرعی محال نباشد، هر دو و همیشه محال هستند. و اینکه شما مثالهای متنوّعی (۴ مثال) آوردید، صرف تکثیر امثله که مشکلی را حلّ نمی‌کند، اگر هزار مثال هم بیاورید، محال محال است و ممکن نمی‌شود. بنابر این اگر قبول دارید که رضایت بعدی شرط است، بناچار باید بپذیرید که: تقدم مشروط بر آن از محالات است و به هیچ وجه ممکن نمی‌شود.

قوله: فجمیع:

گویا کسی می‌پرسد: اگر تقدّم مشروط و شبه مسبّب بر شرط و سبب از محالات است، پس آن مثالهای مذکور و امثال آن را چه جواب می‌دهید؟ می‌فرماید: قانون این است که: وقتی عقلاً امری محال شد، هر آنچه از ظواهر شرعیّه منافی با این حکم عقل قطعی باشد به گونه‌ای باید حلّ و توجیه شود که با قانون عقلی منافی نباشد و متأخّر بما هو متأخر، شرط یا سبب نباشد. و توجیه این است که بگوییم: در تمام این موارد یک عنوان انتزاعی شرطیّت و سببیّت دارد که آن عنوان مقارن و همزمان با سبب است نه متأخر از آن مثلاً در مثال اوّل می‌گوییم: سبب استحباب غسل وجود خارجی یوم الجمعه نیست تا متأخر شود بلکه سبب عبارتست از: یوم الخمیس المتعقّب لیوم الجمعه سبب الغسل یعنی روز پنجشنبه‌ای که روز جمعه بدنبال آن است سبب استحباب غسل است و عنوان المتعقّب یا الملحوق بیوم الجمعه همزمان با یوم الخمیس و وصف مقارن است و مسبّب که استحباب غسل باشد بدنبال آن است نه پیش از آن.

یا در مثال دوّم می‌گوییم: اعطاء زکات فطره‌ای که المتعقّب لهلال شوّال سبب للصحّة یعنی بدنبال دارد هلال شوّال را باز عنوان تعقّب وصف، مقارن است.

یا در مثال سوّم می‌گوییم: غسلی که به دنبال دارد طلوع فجر را، الغسل المتعقّب لطلوع الفجر شرط لوجوبه، و در مثال چهارم می‌گوییم: الصوم المتعقّب بالغسل اللّیلی صحیح، پس تمام مثالهای مزبور به نحوی توجیه شد.

قوله: لکن ذلک:

گویا کسی به مرحوم شیخ اعتراض می‌کند که:

چرا همین التزام و توجیه را در ما نحن و در رابطه با اجازه انجام نمی‌دهید؟ چه مانعی دارد بگوییم: العقد المتعقّب بالاجازه سبب للنقل و الانتقال، یا العقد الملحوق بالرضا... و عنوان انتزاعی لحوق یا تعقّب را مطرح کنیم که مقارن با عقد می‌باشند؟ شیخ اعظم ره می‌فرماید: در ما نحن فیه جای آن التزام و توجیه نیست، زیرا بر خلاف‌ادلّه است، ادّلهٔ عقلی و نقلی، خودِ طیب نفس و رضای مالک را شرط کرده نه وصف عنوانی و انتزاعیِ تعقّب و مانند آن را و خود رضایت یا وجود خارجیِ آن متأخر است نه مقدّم یا مقارن، آنگاه اگر راه دیگری نداشتیم، این را هم توجیه می‌کردیم، ولی راه منحصر به قول به کشف نیست، راه دیگری هم داریم که قول به نقل باشد، یعنی اجازهٔ بعدی را ناقل می‌گیریم تا هیچ مخدور عقلی (از قبیل تقدّم مشروط بر شرط) پیش نیاید.

قوله: اللّهم الاّ:

مقدّمه: معنای حقیقیِ شرط آن است که: تأثیر مقتضی بر آن متوقف باشد و تا شرط نیامده تأثیری هم نباشد، و اگر در غیر آن استعمال شود مجازی خواهد بود. با این مقدّمه می‌فرماید: آری اگر کسی منظورش از شرط معنای دیگری باشد و اینکه می‌گوید: اجازه شرط است، یعنی تأثیر گذاردن عقد در ملکیّت در زمان خود عقد و قبل از اجازه متوقّف بر لحوق اجازه است، که یک توقّف تشریفاتی و صوری است. البتّه اگر این باشد قابل توجیه است. ولکن به دو بیان این مطلب رّد می‌شود:

۱ـ اطلاق شرط بر چنین امری صحیح نیست زیرا این اجازه شرط تأثیر نیست، وتأثیر عقد بر آن وابسته نیست

۲ـ در جای دیگر هم شرط به معنای مزبور باشد، در ما نحن فیه وباب رضا واجازه شرط به آن معنی نیست زیرا به حکم عقل و نقل خود طیب نفس ورضایت باطنی به وجود خارجی و حقیقی اش شرط انتقال مال مالک به دیگری است، و باید در حین تصرّف طیب نفس باشد، نه لحوق و تعّقب ومانند آن، و دلیلی بر مخالفت با این ظواهر نداریم چون راه قول به نقل باز است.

قوله: وممّاذکرنا:

صاحب فصول و غیر واحدی از معاصرین در ما نحن فیه مشکل اجازه را «که چگـونه ممکن است هم اجازه شرط باشد که تا نیامده ملکیّتی نیست و هم کاشف باشد که از اوّل اثر و نقل و انتقال بوده؟» به این نحو حل کرده‌اند که: در واقع خود اجازه شرطیّت ندارد، بلکه وصف انتزاعیِ تعقّب و لحوق شرط است «**العقد المتعقّب اوالملحوق بالاجازه سبب**» است که آنهم شرط مقارن است نه متأخّر پس محذوری ندارد[1] مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالبی که در لکّن ذلک... تا اللّهم گفتیم: جواب این فرمایش داده می‌شود که: در لسان دلیل عقلی و نقلی خود طیب نفس و رضای مالک شرط واقع شده نه عـنوان تـعقّب و غیره...

قوله: و قد التزم:

برخی از توجیه گران مزبور که وصف تعقّب را مطرح کردند، گفته‌اند: این مطلب ثـمرهٔ فقهی هم دارد و آن اینکه: اگر طرف اصیل در معامله از اوّل یقین دارد که مالک بـعداً اجازه خواهد کرد و این عقد متعقّب به رضا است، پس از حالا علّت تامّهٔ ملک برای او محرز و مسلّم است پس حقّ تصرّف در آن مبیع هم دارد، ولی اگر خود اجـازه شـرط باشد، هنوز نیامده و مجوّزی برای تصرّف مشتریِ اصیل در مبیع فضولی وجود ندارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اصل توجیه و التزام شما به تعقّب و مانند آن بـاطل و بـر خلاف ادّله است، این فرع فقهی هم که به عنوان یکی از فروعات آن مـطلب آوردیـد، باطل است زیرا از لحاظ ادّله علّت جواز تصرّف طیب نفس مالک است که هم اکنون و در هنگام تصرّف باید باشد، و اینکه من می‌دانم که در آینده مالک راضی خواهد بود، دلیل بر اباحهٔ تصرّف فعلی و الان نمی‌شود. (پیش از بیان سوّمِ وجه اوّل بـه ردّ وجـه ثـانی برداخته‌اند.)

قوله: و یرد علی الوجه الثانی:

مرحوم شیخ از وجه دوّم از وجوه قائلین به کشف سه جواب داده‌اند: جواب اوّل: قبول کردیم؛که اجازه به خود عقد تعلّق می‌گیرد، و حقیقت اجازه هم امضاء همان مضمون عقد

---

۱. الفصول الغرویه، ص ۸۰ و مستند مرحوم نراقی، ج ۲، ص ۳۶۷.

است. ولی اینکه گفتید: مضمون عقد نقل و تملیک از هنگام انشاء است و بعتُ یعنی ملکیّت و انشأت النقل و التملیک من حین الانشاء، که مفاد عقد مقیّد باشد و من حین الانشاء قیدش باشد و مقیّد بما هو مقیّدٌ انشاء شود، ما این مطلب را قبول نداریم ما می‌گوییم: مضمون عقد اصل انشاء نقل و تملیک است، نه انشاء تملیک در همین زمان البته زمان از ضروریّات و لوازم لا ینفک انشاء است و انشاء قطعاً در زمانی واقع می‌شود ولی آن زمان ظرف انشاء است نه قید انشاء و وقتی مضمون عقد اصل انشاء تملیک شد می‌گوییم: اگر این انشاء و عقد از دو مالک اصلی یا مأذون صادر شود چون هیچ حالت منتظره‌ای ندارد، و مورد امضای شارع هم هست، عقل حکم می‌کند که از همان آغاز و هنگام انشاء چون سبب نقل و انتقال تامّ است از همان زمان نقل و انتقال هم می‌آید، ولی این به حکم عقل است و محاسبه تمامیّت سبب نه اینکه معنای بعتُ این باشد. ولی اگر از فضولی صادر شود، از آنجا که منوط به اجازه است و تا اجازه نباشد شارع هم امضا نمی‌کند، عقل می‌گوید: این انشاء تملیک از آغاز، کامل و تامّ و تمام نیست، آری پس از اجازه، سبب کامل می‌گردد و همان وقت هم تأثیر و ملکیّت می‌آید نه قبل از آن، و این با نقل هماهنگ است نه با کشف.

و در حقیقت اجازهٔ مالک قائم مقام عقد او است، آنجا که عقد او بود شارع همان عقد را امضا می‌کرد و چون سبب تامّ بود همان وقت مسبّب هم می‌آمد، و آنجا که عقد از فضولی واقع شده و مالک اجازه می‌کند، شارع هم این اجازه را امضاء می‌کند، و از حالا سبب تامّ می‌شود پس از حالا هم ملکیّت می‌آید.

قوله: و لا جل ما ذكرنا:

در اینجا سه شاهد می‌آورد مبنی بر اینکه مضمون عقد، اصل انشاء تملیک و نقل و انتقال است نه انشاء تملیک از زمان خود انشاء که مقیّد به این قید باشد:

شاهد اوّل: در مواردی که ایجاب و قبول از دو مالک و اصیل صورت می‌گیرد، اگر مقتضا و مفاد عقد نقل و انتقال و ترتب اثر از حین انشاء باشد، لازمه‌اش آن است که اثر مذکور از زمان انشاء ایجاب مترتب شود، زیرا طبق نظر شما ایجابِ مالک مثل بعتُ به معنای تملیک و نقل از همین آنِ ایجاب است، و قبول قابل هم که چیزی جز رضا به همان مفاد انشاء نیست و شارع هم که مقتضای عقد را امضاء می‌کند، و مقتضای عقد نقل از

زمان ایجاب است پس باید در موارد انشاء مالکین اثر که ملکیت و زوجیّت و...است از زمان ایجاب (پیش از آمدن قبول) محقّق و مترتب شود، در حالی که احدی بدان ملتزم نیست، و همگی متفقّاً می‌گویند: وقوع اثر پس از عقد و ایجاب و قبول است نه از لحظهٔ ایجاب.

نتیجه می‌گیریم که: مضمون عقد یا ایجاب و قبول، نقل از حین انشاء نیست بلکه نفس و اصل نقل و تملیک است.

قوله: و دعوی:

اگر کسی بگوید: قیاس ما نحن فیه (بیع فضولی و اجازهٔ مالک) به مورد انشاء مالکین و ایجاب و قبول دو اصیل، مع الفارق است، و آن اینکه در مورد دو اصیل آنکه تمام السّبب است کلّ عقد (ایجاب و قبول با هم) است نه ایجاب تنها، و تا سبب تام نشود مسبّب محقّق نمی‌شود و تقدّم مسبّب بر سبب محال است، از این رو ملکیّت از زمان ایجاب نمی‌آید ولی در ما نحن فیه فرض این است که عقد که تمام سبب باشد محقّق شده و علی القاعده مانعی ندارد که بدنبال آن ملکیّت هم بیاید، و عقد مفادش نقل از زمان عقد باشد و اجازه هم به همان بخورد و نتیجه‌اش قول به کشف باشد نه قول به نقل.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ ادعّای مزبور رادفع کرده و می‌فرمایند: منظورتان از سببّیت عقد برای ملک چیست؟ معنای سببیّت عقد جز این نیست که شارع آن را سبب قرار داده البّته به جعل امضائی نه تأسیسی، آنگاه معنای خود عقد چیست؟ عقد ایجاب دارد وقبول ورکن اصلی ایجاب است، که اگر به معنای انشای نقل از حین خود ایجاب باشد، قبول هم به همان می‌خورد، و شارع هم همین را سبب قرار داده، پس شارع باید حکم به وقوع اثر و ملک از زمان ایجاب کرده باشد که قطعاً چنین نیست.

قوله: و لاجل ما ذکرنا ایضاً:

شاهد دوّم: بدنبال عقدی که واقع می‌شود اموری قابل تحقّق است که فعلاً با سه امر کار داریم: ۱ـ اجازه ۲ـ ردّ ۳ـ فسخ، اجازه و ردّ معمولاً در موردی است فضولی بر مال مردم معامله‌ای کرده و مالک اصلی یا ردّ می‌کند و یا اجازه، و فسخ در موردی است که مالک اصلی معامله‌ای کرده و بعد در اثر حقّ‌الخیار یا اقاله (که عندنا عقد جدید نیست و تفاسخ

طرفین است) فسخ می‌کند. حال هر سه امر به خود عقد تعلّق می‌گیرند و می‌گوییم: فلانی عقد و معامله را اجازه کرد، یا ردّ کرد یا فسخ کرد و اگر عقد به معنای نقل و انتقال از زمان انشاء باشد پس معنای اجازه کردن عقد، رضایت دادن به وقوع مضمون عقد است از حین عقد، و معنای ردّ کردن عقد هم به معنای عدم رضایت به نقل از حین انشاء است. و فسخ عقد هم به معنای ابطال و به هم زدن عقد از حین خود عقد است. در حالی که احدی نگفته که فسخ به هم زدن عقد از اوّل است بلکه همه می‌گویند: فسخ ابطال عقد از همین زمان فسخ است (ثمره در نمائات ظاهر می‌شود که اگر فسخ ابطال عقد از اوّل باشد پس منافعی را که مشتری استیفا کرده ضامن است، و اگر ابطال عقد از حالا به بعد باشد، نسبت به منافع مستوفات و غیر مستوفات ضمانی نیست.) پس عقد به معنای نقل از حین خود عقد یا انشاء نیست بلکه اصل نقل و تملیک است، و هر یک از اجازه و ردّ و فسخ هم به اصل نقل تعلّق می‌گیرد، آنگاه تا اجازه نیاید موجبی برای امضاء نیست و تا فسخی و ردّی نیاید موجبی برای ابطال نیست پس ملکیّت و یا فسخ آن بعد از اجازه یا فسخ می‌آید نه قبل از آن، و این با نقل می‌سازد و نه با کشف.

قوله: و الحاصل:

(ابتدا انسان خیال می‌کند این فراز، حاصل و خلاصهٔ مطلب گذشته است، در حالی که این خود شاهد مثال سوّمی است، و لذا به قول مرحوم شهیدی خوب بود به جای و الحاصل بفرماید: **و لاجل ما ذکرنا ایضاً...**) این شاهد از یک صغری و یک کبری تشکیل است: امّا صغری: مالک می‌تواند با الفاظ مختلفی رضایت و امضای خویش را اعلام کند، مثلاً بگوید: **اجزتُ العقد، امضیتُ البیع و...** که تمام اینها مستقیماً نظر به عقد و انشاء فضولی دارند، و یکی از الفاضی که قطعاً امضاء و اجازهٔ معامله با آن واقع می‌شود لفظ رضیت است که مالک می‌تواند بگوید: رضیت بالعقد، بالبیع و... که مثل الفاظ قبل مستقیماً نظر به عقد فضولی دارد، و می‌تواند بگوید: «**رضیتُ بکون مالی لزید و ماله لی**» یعنی راضی شد که مال من برای زید و مال زید برای من باشد، یا بگوید به انتقال مالم به دیگران رضایت دادم، و... که تمام نظر به نتیجه و اثر عقد است و اصلاً کاری به عقد فضولی ندارد و متعرّض آن نیست تا چه رسد به اینکه نظر به زمان آن عقد داشته باشد. (سپس دو نمونه می‌آورند:

الف: شخصی فضولیاً زنی را به عقد مردی درآورد، پس از آنکه خانم مطّلع شد، صریحاً و به زبان اظهار رضایت نکرد ولی عملاً در برابر زوج تمکین کرد، فقهاء فرموده‌اند: همین تمکین عملی رضایت و اجازهٔ عقد محسوب می‌شود، با این که اصلاً قولی نیست تا متعرّض انشاء فضولی بشود یا نه.

ب: عبدی بدون اذن مولی زنی را به عقد خویش درآورد: مولی پس از اطّلاع از جریان، سکوت کرد همین سکوت مولی رضای او است، با اینکه اصلاً به زبان نیاورده و اظهار نکرده و قولی نیست تا نظر به عقد فضولی و زمان عقد داشته باشد یا نه؟ و عقد را از همان زمان انشاء امضا بکند یا نه.)

و امّاکبری: از مسلّمات است که واژهٔ رضیت و لفظ رضا مستقیماً به خود نتیجهٔ عقد (ملکیّت، زوجیّت و...) تعلّق می‌گیرد بدون اینکه عقد و زمان عقد و انشاء فضولی مدّ نظر باشد.

پس هیچ دلیلی بر اینکه مضمون عقد، نقل از زمان انشاء باشد وجود ندارد، بلکه شواهد مذکور خلاف آن را ثابت کرد.

قوله: و بتقریر آخر:

در اینکه این فراز و فراز بعدی که با لفظ «**و بعبارة اخری**» خواهد آمد، به کجای مطلب بر می‌گردد، میان محشّین اختلاف شده: مرحوم شهیدی کوشش کرده این دو بیان را به قبل از سه شاهد مذکور و به اصل جواب از وجه دوّم برگرداند و اینها را سه بیان حساب کند که هر کدام به بیانی همان جواب را تداعی می‌کند و لذا متوسّل شده به اینکه اینها از قبیل ذکر لازم و ارادهٔ ملزوم است یا بالعکس...[1] و مرحوم ایروانی فرموده: این دو تقریر و عبارت به وجه ثانی از وجوه قائلین به کشف هیچ ربطی ندارد، بلکه مربوط به وجه اوّل از وجوه این قول است که استدلال به آیهٔ اوفو بالعقود بود که به دو بیان به آیه استدلال کردند، و جواب را مرحوم شیخ از هر دو بیان به سه عبارت تقریر کرده: یکی همان بیانی که گذشت که: خود شما اعتراف می‌کنید که اجازه شرط است آنگاه چگونه معقول است که مشروط پیش از شرط بیاید...؟! و دو بیان این دو فراز است که الان مطرح است[2] به

---

۱. هدایة الطالب، ص ۲۸۹ ـ ۲۸۸. ۲. حاشیة المکاسب، ص ۱۲۸.

نظر می‌رسد حقّ با مرحوم ایروانی است و ظاهر عبارات مرحوم شیخ نیز همین برداشت را تأیید می‌کند، حال فراز اوّل از این دو فراز:

اگر از اوّل خود مالک اصلی انشاء عقد می‌کرد دو چیز وجود داشت: یکی اصل انشاء (ایجاب یا قبول) که جزء سبب است. و دیگری طیب نفس مالک که شرط صحّت است. حال فرض این است که: فضولی انشاء کرده و مالک بعداً اجازه می‌کند، آنگاه این اجازه یا قائم مقام رضایت و طیب نفس مقارن است که نقش شرطی داشت و یا قائم مقام خود انشاء است که جزء بود، و در هر حال اجازه چه شرط باشد و چه جزء باشد مؤثر است و بدون آن محال است که اثر و ملکیّت قبلاً آمده باشد تا کاشف باشد.

و امّا فراز دوّم: قوله: و بعبارةٍ اخری: درست است که آیه فرموده: به عقدتان وفا کنید، ولی ادّله طیب نفس می‌گوید: عقدی که در آن رضایت مالک باشد ارزش و اثر دارد و نتیجهٔ جمع میان این دو دسته دلیل آن است که: عقدی که مرضی مالک است مؤثر و موجب ملک است، و قانون کلّی آن است که: هرجا اثر و حکمی بر مقیّد از جهت که مقید است بار شود، محال است که ذات مقیّد بدون قیدش بتواند دارای آن اثر و حکم باشد، پس مقیّد بما هو مقیّد موجب ملکیّت است و تا رضایتِ مالک محقّق نشود عنوان مذکور محقّق نمی‌شود، و اثر هم نمی‌کند، پس ملکیّت پس از اجازه و رضا می‌آید و این با نقل می‌سازد نه با کشف.

قوله: و ثانیاً:

طبق دو تلقّی متفاوتی که از دو فراز قبلی داشتیم، در این عبارت نیز اختلاف شده مرحوم شهیدی این را نیز توجیه کرده و از باب ذکر لازم و اراده و ملزوم دانسته، و دیگران این عبارت را نپسندیده و گفته‌اند: خوب بود چنین می‌فرمود: و ثانیاً لو سلمّنا انّ مضمون العقد الذی کانت اجازتها رضا به هو النقل من حینه لکن نقول...[1] به هر حال منظور مرحوم شیخ این است: بر فرض از جواب اوّل صرفنظر کرده وبپذیریم که مضمون عقد ،نقل از زمان انشاء است و قید «من حین النقل» بودن در معنای عقد دخیل است، و معنای اجازه هم امضاء همان مضمون است ومؤثّر قراردادن همان عقد سابق از هنگام خود عقد است (ثمرهٔ جواب اوّل و دوّم: اگر قید من حین النقل در معنای عقد دخیل نباشد بالفظ

---

۱. حاشیة المکاسب ایروانی، ص ۱۲۸.

رضیت و مانند آن هم قابل ابراز است چنانچه در شاهد سوّم گذشت ولی اگر دخیل باشد، مجرّد ابراز رضایت از سوی مالک نسبت به نتیجهٔ عقد یعنی ملکیّت کافی نیست ،بلکه باید نظر به عقد سابق داشته باشد و معنای اجازه عقد یعنی همان عقد سابق را مؤثر و نافذ قرار دادن) لکن اشکال دیگر ی داریم و آن اینکه: بر فرض در اعتبار مالک اجازه به این نحو باشد یعنی امضای عقد از حین انشاء باشد و لکن از نظر ما متشرّعه، تنها اعتبار مالک کافی نیست، بلکه باید شارع هم پای آن را امضاء کند و متأسفانه هیچ دلیلی بر امضای شارع چنین اجازه‌ای را نداریم. زیرا دلیل امضاء آیهٔ اوفوا بالعقود[۱] است، و مفاد آیه این است ای کسانی که عاقد هستید و با دیگران عقدی می‌خوانید، باید به عقد خود وفا کنید نه اینکه مراد این باشد که هر کس در هر کجای عالم عقدی خواند بر دیگران وفای به آن واجب باشد. نظائر این تعبیر فراوان است، مثلاً وقتی می‌گوید: اوفوا بالنذور، یعنی ای ناذرها باید به نذرتان وفا کنید، ای کسانی که متعهّد شده و با خدا عهد بسته‌اید به عهدتان وفادار باشید، و... اینجا هم ای عاقدها به عقد خود وفا کنید، و پر واضح است که تا مالک اصلی اجازه نکرده، نه عاقد حقیقی و نه به منزلهٔ آن است، پس موضوع منتفی است و حکم وجوب وفا هم منتفی است و تا وجوب وفائی نباشد ملکیّتی هم که از این راه اثبات می‌شود نخواهد بود، زیرا ملک شرعی تابع حکم شرعی به وجوب وفا است و وقتی حکمی نبود ملکی هم نیست. باز نتیجه با نقل موافق است نه با کشف.

قوله: و ممّا ذکرنا:

بیان سوّم وجه اوّلِ قول به کشف یعنی استدلال به آیه: آیه شریفه فرموده: به عقودتان وفا کنید، و عقد به معنای نقل و انتقال از هنگام انشاء است، پس باید به نقل کذائی پایبند باشید و بدان ترتیب اثر دهید و این جز با کشف با چیزی نمی‌سازد. مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالب گفته شده جواب این بیان هم داده می‌شود که: اوّلاً مضمون عقد اصل نقل است نه نقل من حین الانشاء، و ثانیاً بر فرض قبول دلیلی بر امضای شارع عقد را به نحو مذکور نداریم.

---

۱. سورهٔ مائده / ۱.

قوله: و قس علی ذلک:

این فراز را می‌توان وجه چهارمی برای قول به کشف قلمداد کرد به این که: قائل به کشف به اطلاق آیهٔ احلّ اللّه البیع [1] استناد کند، سبک استدلال همان است که در رابطه با آیهٔ وفای به عقد آوردیم که به سه بیان از آن آیه استفاده کردند، و ما هر سه بیان را جواب دادیم، اینجا هم همان سه بیان و همان جواب جاری و ساری است (با این تفاوت که: در آیه وفای به عقد به عموم آیه استدلال می‌شد، زیرا العقود جمع با الف و لام بود، و اینجا به اطلاق آیه استدلال می‌شود، زیرا «البیع» مفرد معرَّف به لام است. و نیز آنجا روی عنوان عقد تکیه شده بود و اینجا روی عنوان بیع که مصداقی از مصادیق عقد می‌باشد، تکیه شده است.) مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر کسی دلیل ملکیّت از اوّل امر و از زمان عقد را اطلاق آیه احلّ اللّه البیع قرار دهد، ما در جواب می‌گوییم:

مفاد مطابقی آیه یک حکم تکلیفی است و خدا بیع را حلال کرده یعنی خداوند برای مشتری تصرّف در مبیع را جایز و حلال کرده (احتمال دیگر اینکه: آیه مبیّن حکم وضعی باشد، یعنی خدای بیع را امضاء کرده و آن را سبب و مؤثر و موجِب ملک قرار داده است.) و ملکیّت هم ملزوم حلیّت تصرف است و ایندو و لازم و ملزوم هستند و از راه لازم وجود ملزوم را کشف می‌کنیم (و شاید منظور این باشد که ملکیّت از حلیّت تصرّف انتزاع می‌شود، زیرا بر مسلک شیخ در اصول: احکام وضعیّه از احکام تکلیفیّه انتزاع می‌شوند) و در هر حال در باب بیع، حلیّت تصرّف از ملکیّت جدا نیست: و حلیّت تصرّف به حکم ادّله اعتبار طیب نفس، منوط به اجازهٔ مالک است که کاشف از طیب نفس است و پیش از اجازهٔ مالک تصرّف حلال نیست (آنهم مطلقاً یعنی چه طرف اصیل در هنگام بیع بداند که مالک اصلی بعداً راضی خواهد شد و چه بداند که بعداً راضی نخواهد شد و ردّ خواهد کرد و چه نداند و مردّد باشد که بعداً اجازه خواهد کرد یا ردّ می‌کند، در هر سه صورت تا اجازه نیاید و طیب نفس فعلی محرز نشود مجوّزی برای تصرّف در مال دیگران نیست. و مخصوصاً در دو صورت اخیر که جزماً مجوّزی نیست، و البته عندنا صورت اوّل هم چنین است، ولی برخی از فقهاء می‌گویند: علم به رضایت بعدی کافی است برای جواز تصرّف از هم اکنون.) پس تا اجازه و طیب نفس نیاید تصرّف

---

۱. سورهٔ بقره / ۲۷۵.

در مبیع حلال نیست، و تا حلیّت تصرّف نیاید ملکیّتی نیست (یا چون لازم ملزوم هستند و یکی بدون دیگری نشاید، و یا چون انتزاعی است بدون منشأ انتزاع نشاید.) پس حلیّت تصرّف و ملکیّت پس از اجازه محقّق می‌شوند، و این با نقل می‌سازد نه با کشف.

قوله: و ثالثاً:

جواب سوّم از وجه دوّم از وجوه قول به کشف:

از جواب اوّل صرفنظر کرده و می‌پذیریم که: مضمون عقد از حیث لغت و عرف عام، نقل و انتقال از حین عقد و از لحظهٔ انشاء است نه اصل نقل و تملیک و اجازه هم به همان ممضون تعلّق دارد. و از جواب دوّم هم غمض عین کرده و می‌پذیریم که: شارع مقدّس هم همین مضمون عرفی را امضاء کرده و اوفو بالعقود یعنی واجب است به همان چیزی که مقتضای عقدتان است وفا کنید، و لکن جواب سوّمی می‌دهیم و آن اینکه:

اوّلاً صرف اینکه مفهوم اجازه این است که همان نقل از زمان انشاء را اجازه کردم و مقتضای اجازه آن است که عقد فضولی از اوّل انشاء نافذ و ماضی و مؤثر در ملک است، موجب نمی‌شود که از نظر ادّله هم مفاد و مقتضای عقد لزوم ترتیب اثر از حین عقد باشد. (همان طوری که مفاد قبول، امضاء همان ایجاب بود ولی بدان معنی نبود که در نتیجه ملکیّت هم از لحظهٔ ایجاب محقّق شود. و قبلاً در شاهد مثال اوّل گفته آمد.)

قوله: فتأمّل:

اشاره به اینکه: فعلاً در جواب سوّم بر فرض تنزل از جوابهای قبلی و تسلیم در برابر خصم، گفتگو می‌کنیم: و جواب مذکور که به عنوان «اوّلاً» ذکر شد، رجعت به همان جواب قبلی (جواب دوّم) است که آنجا گفتیم: لکن نقول لم یدّل دلیل... و اینجا می‌گوییم: لکن لا یوجب... پس اوّلاً در اینجا جا ندارد. و شاید اشاره باشد به فرق ما نحن فیه با مورد ایجاب و قبول دو مالک، که در آنجا خود قبول جزء عقد است ولی در ما نحن فیه اجازه جزء عقد نیست.

ثانیاً: قوله: انّ هذا:

اصل جواب سوّم همین است: اینکه شما می‌گوئید: مفهوم عرفی و لغویِ اجازه عبارتست از جعل العقد السابق جایزاً ما ضیاً نافذاً... ما می‌گوییم: این مطلب به معنای حقیقی کلمه (که واقعاً اجازه جاعل باشد و مضیّ و تأثیر در زمان سابق را به عقد بدهد و

آن را از یکماه قبل مؤثر بسازد) معقول و متصوّر نیست، زیرا عقدی که یکماه قبل موجود شد و وصفش این بود که اثر ندارد، محال است که مجدّداً همان عقد در همان یکماه گذشته دارای اثر شود، مرده زنده شود، بی‌خاصیّت با خاصیّت شود، و سرّ امتناع آن است که: «الشیئی لا ینقلب عمّا وقع علیه» هر چیزی در زمان گذشته هر گونه واقع شد همانگونه است و انقلابش محال است، مگر عقربهٔ زمان به عقب برگردد و به یکماه قبل برگردیم و عین آن زمان اعاده شود تا بتوانیم عقد را تغییر دهیم، ولی هیهات!! گذشته‌ها گذشته و برگشتی نیست (نکته: اینکه مرحوم شیخ می‌فرماید: العقد الموجود علی صفة عدم التأثیر، اوّل کلام و متنازعٌ فیه است زیرا شاید منظور قول به کشف این است که: عقد از اوّل که موجود شد در واقع بر صفت تأثیر بود و اجازهٔ بعدی صرفاً کاشف است، و شاید هم مراد این باشد که: عقد از اوّل بی‌اثر بود و اجازه که آمد به عقد سابق از همان زمان سابق تأثیر داد، که این را مرحوم شیخ متعرّض شده و محال و نامعقول دانسته.)

حال که چنین چیزی نامعقول است، و شارع مقدّس امر نامعقول را امضاء نمی‌کند، اگر چنانچه ظواهر ادلّه شرعیه (اوفو بالعقود) ظهور در امضای چنین اجازه‌ای داشت، به حکم دلالت اقتضا که (دلالت لفظ است بر اینکه در کلام چیزی در تقدیر است و صحت یا صدق کلام بر آن وابسته است وگرنه کلام لغو یا کذب خواهد بود.) و صوناً لکلام الحکیم از لغویّت باید توجیه کرده و بگوییم: منظور دیگری دارد و منظورش این است که با چنین عقدی پس از اجازهٔ مالک آن معامله را داشته باش که با عقد مالک اصلی داشتی، اگر از اوّل عقد از مالک صادر می‌شد و مؤثر بود حکم به ملکیّت کرده و تمام آثار ملک را بار می‌کردیم، حال که از فضولی بود و بعداً اجازه آمد حکم به ملکیّت نمی‌کنیم و نمی‌گوییم: تحقیقاً مؤثر و ملکیّت آور است ولی گویا ملک آمده یعنی حتّی الامکان آثار ملک را مترتب کرده و می‌گوییم: نمائات این مبیع به مشتری تعلّق دارد، و این را نقل حقیقی (چون ملک واقعاً بعد از اجازه می‌آید) و کشف حکمی (چون احکام کشف را از اوّل مترتب می‌کنیم) گویند، و البته ثمرهٔ کشف حقیقی و کشف حکمی خواهد آمد و در میان فقهاء فقط استاد ما مرحوم شریف العلماء مازندرانی در برخی تحقیقاتش این مطلب را فرموده، وگرنه مشهور طرفدار کشف حقیقی هستند و منظورشان از کشف این است که نقل و انتقال و ملکیّت حقیقتاً از اوّل عقد می‌آید. و لذا علاّمه به جای اصطلاح

کشف و نقل، لفظ انتقال را آورده و فرموده: قائلین به صحت بیع فضولی در زمان انتقال اختلاف دارند که از حین عقد است (کشف) یا از حین اجازه است (نقل) و دیدیم که کشف حقیقی باطل است.

قوله: و قد تحصّل:

از مجموع مطالبی که تا به حال در رابطه با اجازهٔ مالک مطرح شد، سه نوع کشف مستفاد است:

۱ـ کشف حقیقی (اجازه کاشف باشد از اینکه حقیقتاً و واقعاً ملکیّت از اوّل عقد می‌آید) که مشهور قائل بودند آنهم با این ویژگی که اجازه را شرط متأخر دانسته آنهم خود وجود خارجی اجازه را شرط می‌دانستند. و لذا مرحوم آقا جمال در حاشیهٔ شرح لمعه به مشهور اعتراض کرده که: شرط محال است متأخر شود[1] (این همان است که ما قبلاً توضیح دادیم که شرط از اجزاء علّت تامّه است...)

۲ـ کشف حقیقی (به معنای مذکور) آنهم با این ویژگی که خود اجازه شرط آن نباشد، بلکه وصف انتزاعیِ تعقّب و لحوق شرط باشد که شرط مقارن است و مانعی ندارد. (غیر واحدی از معاصرین شِیخ این وجه را برگزیدند) و از ثمرات این وجه آن بود که: اگر مشتری از اوّل یقین دارد که مالک اصلی بعداً اجازه خواهد کرد، از هم اکنون بر عقد مذکور عنوان «**العقد المتعقب بالاجازه**» صدق می‌کند و تمام السبب همین است پس از حالا می‌تواند در مبیع تصرّف کند، (بر خلاف وجه اوّل که خود اجازه شرط باشد که تا نیامده و لو یقین به آمدنش باشد، مجوّز تصرّف نیست.)

۳ـ کشف حکمی: حقیقتاً ملکی نیست ولی حدّالامکان آثار و احکام ملک را بر آن مرتب می‌کنیم، حکم کاشفیت در اینجا هست نه خود آن، و منظور از آثار نمائات است که ولو در ملک مالک اصلی پیدا شده ولی گویا در ملک مشتری تحقّق یافته و باید به مشتری داده شود، یا وی حقّ استفاده از این نمائات را دارد.

قوله: و قد تبیّن:

از مجموعهٔ مطالبی که تا به حال در رابطه با وجوه و ادلّهٔ قائلین به کشف، عنوان شد به

---

۱. حاشیهٔ شرح لمعه، ص ۳۵۸.

این نتیجه می‌رسیم که: در مقام اوّل (از نظر قواعد عقلی و عمومات و اطلاقات وادّلهٔ عامّه) قاعده ایجاب می‌کند که اجازه را ناقله بدانیم و تا نیامده نقل و ملکیّتی هم نیست. و اگر نتوانیم قائل به نقل شویم قول به کشف حکمی را که رأی استاد بود انتخاب می‌کنیم، امّا کشف حقیقی آنهم به وجه اوّل (خود اجازه شرط آن باشد به نحو شرط متأخر) در نهایت درجهٔ اشکال بود و بلکه به هیچ وجه قابل قبول نبود به بیانی که مبسوطاً گذشت، و امّا کشف حقیقی بر وجه ثانی هم (وصف تعقّب شرط باشد) بر خلاف ادّله بود و نپذیرفتیم.

قوله: و لذا:

این ما تنها نیستیم که کشف حقیقی را قبول نداریم، بزرگان دیگری هم در آن شبهه کرده یا ردّ کرده‌اند: علامّه در قواعد[1] اشکال کرده، محقّق ثانی در حاشیهٔ ارشادش[2] جانب کشف را ترجیح نداده، فخرالدین در ایضاح خلاف آن را برگزیده، کاشف الرموز در کشف الرموز[3] همینطور، محقق اردبیلی در مجمع البرهان[4] خلاف کشف را تقویت کرده، کاشف اللثام هم در کشف اللثام در باب نکاح[5] از حضرات نامبرده پیروی کرده است. این بود محاسبهٔ قول به کشف و نقل از نظر قواعد عقلی و ادّلهٔ عامّه.

قوله: و امّا الاخبار:

مقام ثانی یا مقتضای اخبار خاصّه: گرچه مقتضای قاعده و اطلاق و عموم این شد که اجازه ناقله باشد، و لکن به اخبار بیع فضولی که برمی گردیم، مفاد آنها با قول به کشف می‌سازد، یکی از آن اخبار صحیحهٔ محمدبن قیس بود که در مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی به عنوان یکی از ادّلهٔ صحت بیع فضولی به تفصیل بیان شد، محل شاهد: صحیحه دلالت داشت که پس از اینکه: مولای اوّلی و اصلیِ کنیز، معاملهٔ فضولیِ فرزندش را بر جاریه‌اش اجازه و امضاء کرد، جاریه و ولد آن به مشتری تعلّق می‌گیرد، بدون اینکه قیمت ولد را ضامن باشد، و خلاصه اینکه: صحیحه به سقوط قیمت ولد از عهدهٔ مشتری حکم می‌کرد. حال این سقوط قیمت باقول به کشف می‌سازد؟ یا با نقل؟

---

۱. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.
۲. حاشیهٔ خطی، ص ۲۱۹.
۳. کشف الرموز، ج ۱، ص ۴۴۵.
۴. مجمع الفائده و البرهان، ج ۸، ص ۱۵۹.
۵. کشف اللثّام، ج ۲، ص ۲۲.

قطعاً دلیل بر کشف است زیرا اگر اجازه ناقله بود لازمه‌اش این بود که استیلاد در ملک مالک اصلی بوجود آمده باشد، و این تصرّف در جاریه است و متصرّف یا مشتری منافع مستوفات را ضامن است پس باید قیمت ولد را بپردازد، ولی علی الکشف این احکام از اوّل مترتّب می‌شود، پس مشتری حّق استیفاء منفعت داشته و ضامن نیست، البتّه از صحیحه استفاده نمی‌شود که کشف حقیقی است؟ یا کشف حکمی؟ ولی اصل کشف محرز است.

و نیز اخباری که پس از صحیحهٔ مزبور در همان مسأله به عنوان مؤیّد ذکر کردیم (مثل اخبار مضاربه و تجارت عامل مضارب... و اخبار اتّجار به مال یتیم و...) ظهور در کشف دارند، زیرا از اوّل فرموده: ضرر و زیان بر عهده تاجر است ولی ربح و سود در مضاربه میان آندو به نسبت تقسیم می‌شود، و در مال یتیم تمام سود به یتیم تعلّق می‌گیرد، و این با کشف می‌سازد که از اوّل ربح تقسیم می‌شود یا به یتیم می‌رسد. ولی باز هم خصوص کشف حقیقی یا حکمی روشن نیست.

آری روایت دیگری داریم که از آن کشف حقیقی مستفاد است و آن صحیحهٔ ابی عبیده است[1] اجمال مطلب این است که: فضولی دختر و پسر صغیر و نابالغ و نارسیده به سنّ تکلیف را به یکدیگر تزویج کرده و برای آندو و عقد ازدواج خوانده، پس از مدّتی پسر بچه مُدرِک شد یعنی به سنّ بلوغ رسید و نکاح مزبور را امضاء کرد و بعد هم مُرد و از دنیا رفت، در این مورد امام علیه السلام می‌فرماید: باید سهم زوجه را از ما ترک این میّت جدا کنند و کنار بگذارند، تا زمانی که وی به سنّ بلوغ برسید، آنگاه اگر به اختیار و طیب نفس نکاح فضولی را اجازه کرد، سهم الارث وی را بپردازد، البته پس از اینکه او را قسم می‌دهند که: آیا اگر زوج زنده بود، وی راضی به این عقد می‌شد و بنا داشت با آن مرد زندگی کند، یا نه فعلاً که صحنه را خالی می‌بیند به طمع رسیدن به سرمایهٔ باد آورده، آن نکاح بی‌حاصل را اجازه می‌کند؟ وقتی قسم خورد که چشم داشتی به مال طرف ندارد و واقعاً تمایل به زندگی با او داشته، سهمیّهٔ او را می‌پردازند.

کیفیّت استشهاد: در اینجا اطلاقی داریم و عمومی: امّا اطلاق: امام علیه السلام در این حدیث به طور مطلق امر به عزل کرد و فرمود سهم زوجه راکنار بگذارند، و حکم عزل را

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۵۲۷ باب یازدهم حدیث اوّل.

مقیّد به صورت رضایت ورثه نکرد ،یعنی چه آنها راضی باشند یا نه باید این سهم جدا شود. و امّا عموم: روایات سلطنت می‌گوید: مردم بر اموال خویش سلطنت دارند، و این عام است و هر کس را نسبت به مال خودش شامل است. و قاعده این است که: حتّی الامکان اطلاق وعموم مزبور حفظ شود واصالة الاطلاق و العموم همین را ایجاب می‌کند. آنگاه اگر اجازه بعد از بلوغِ زوجه را ناقله بدانیم لازمه‌اش آن است که امر به عزل به قول مطلق و بدون در نظر گرفتن رضایت ورثه با عموم قاعدهٔ سلطنت منافی و مخالف باشد، زیرا قانون سلطنت می‌گوید: مردم بر مال خود مسلّط هستند و کسی حق ندارد بدون رضای آنها در اموالشان کمترین دخل و تصّرفی داشته باشد: در حالی که عزل کردن مال ورثه بدون رضای آنان به معنای محدود کردن سلطنت آنها است پس قول به نقل مستلزم تخصیص عموم سلطنت است و با حفظ عموم آن نمی‌سازد. و نیز اگر کاشفه به نوع کشف حکمی بدانیم باز امر به عزل به نحو مطلق منافی با قاعدهٔ سلطنت است، زیرا بر این مبنا هم اصل عین ترکه به ملک ورثه باقی است و تا اجازه نیاید حقیقتاً ملک زوجه نمی‌شود، ولی معذلک که ملک وارث است، چه آنها راضی باشند وچه نباشند حاکم حقّ عزل دارد، این هم مستلزم تخصیص عموم مزبور است و با اجراء اصالة العموم منافی است ولی اگر اجازه را کاشف به نحو کشف حقیقی بدانیم، هیچ مشکلی پیش نمی‌آید و عموم قاعدهٔ سلطنت تخصیص نمی‌خورد، زیرا بر این مبنا وقتی اجازه آمد کاشف از آن است که از لحظهٔ موت مورِّث، این $\frac{1}{4}$ ترکهٔ او مال زوجه بوده و اساساً از اوّل ملک ورثهٔ دیگر نشد تا با سلطنت آنها منافی باشد، و وقتی از اوّل ملک زوجه بوده پس باید عزل شود و به او برسد. آنگاه جمع میان اطلاق امر به عزل و عموم قانون سلطنت یعنی حفظ هر دو مستلزم قول به کشف حقیقی است.

اگر کسی بگوید: فعلاً که زوج مُرد زوجه نابالغ است و اجازه هم بکند بی‌اثر است، زیرا او مسلوب العبارة می‌باشد و نسبت به آینده و پس از بلوغ هم الان شک داریم که آیا این دختر بچّه تا آن زمان زنده است یا خواهد مُرد؟ بر فرض زنده ماندن آیا بعد از بلوغ عقد را امضاء خواهد کرد یا نه؟ و وقتی شک داریم از اصل عدم اجازه استفاده می‌کنیم و در ظاهر حکم به عدم اجازه می‌کنیم یعنی می‌گوییم: انشاء اللّه بعداً زوجه اجازه نخواهد کرد، و به حکم این اصل از اوّل نوبت به عزل و مطالب دیگر نمی‌رسد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اینجا جای اصل مزبور نیست بلکه امر مالی است و حق الناس است و در چنین موردی شرعاً احتیاط واجب شده و شارع مقدس جانب احتیاط را بر اصل مزبور غلبه و ترجیح داده است و لذا امر به عزل و مانند آن همگی از باب احتیاط و مراعات حقّ الناس است.

تنظیر: کما اینکه در باب حمل هم مطلب از این قرار است، بیان مطلب: شخصی از دنیا می‌رود، فرزندانی یا ورّاثی دارد، ضمناً همسر او حامله است و فرزندی هم در رحم زوجه میّت است و بلاشک او نیز به شرط زنده متولّد شدن ارث می‌برد، و شرع مقدّس از باب احتیاط و مراعات حقّ جنین امر به عزل کرده و فرموده سهم حمل را از میراث جدا کنید، آنهم بیشترین مقدار محتمل و ممکن را بر حسب عادت منظور کرده یعنی حد اکثر احتمال عقلائی می‌رود که دو بچّه در رحم باشد و دو قلو باشند و هر دو هم مذکّر باشند، و لذا شارع به عزل سهمیّه دو فرزند ذکور، امر کرده است، تمام اینها از باب تغلیب جانب احتیاط بر اصل عدمی است. آنگاه اگر پس از وضع حمل دو نوزاد نبود یا هر دو پسر نبودند، محاسباتی و جمع و تفریقهائی انجام داده می‌شود و سهم واقعی به آنان می‌رسد.

نتیجه: مقتضای قواعد و ادلّهٔ عامّه قول به نقل و یا کشف حکمی بود، و مقتضای اخبار و ادلّهٔ خاصّه قول به کشف حقیقی است و با وجود دلیل خاص نوبت به قواعد اولیّه و ادلّهٔ عامّه نمی‌رسد، و باید طبق اخبار خاصّه حکم کرد، آری اگر نزد کسی این اخبار ناتمام بود او باید به مقتضای قواعد مراجعه داشته باشد.

قوله: بقی الکلام:

تا به حال دربارهٔ اجازه چهار احتمال مطرح شد:

۱ـکشف حقیقی آنهم به این نحو که اجازه به وجود خارجی‌اش شرط باشد، از باب شرط متأخر (رأی مشهور).

۲ـکشف حقیقی به این نحو که وصف انتزاعیِ تعقّب و لحوق که مقارن با عقد است شرط باشد (رأی معاصرین شیخ)

۳ـکشف حکمی و نقل حقیقی به این نحو که از اوّل خود ملک نیامده ولی احکام و آثار آن تا حدّ امکان از اوّل مترتب می‌شود.(رأی شریف العلماء مازندرانی)

۴ـ نقل حقیقی به این معنی که تا اجازه نیاید نه ملکیّتی محقق می‌شود و نه آثار آن مترتب می‌شود.

حال کلام در بیان ثمره یا ثمرات عملیِ این احتمالات است که طیّ چند مرحله محاسبه می‌کنند:

قدم اوّل: فرق عملیِ کشف حقیقیِ مشهور با کشف حقیقیِ معاصرین مرحوم شیخ در کجا است؟

می‌فرمایند: ثمره در جواز و عدم جواز تصرّف در فرض علم به اجازه ظاهر می‌شود، یعنی اگر مورد موردی است که مشتریِ اصیل از ابتدای معاملهٔ فضولی یقین دارد که مالک اصلی بعداً این معامله را اجازه خواهد کرد، در چنین فرضی اگر اجازه را به وجود خارجی‌اش شرط بدانیم هنوز اجازه نیامده و مشتری حقّ ندارد در مبیع تصرّف کند. ولی اگر وصف تعقّب و لحوق را شرط بدانیم، در فرض علم، از اوّل مشتری یقین دارد که: این عقد یک عقدی است که متعقّب به اجازه است، پس از اوّل سبب تامّ است و مسبّب و ملکیّت آمده و حقّ تصرف محفوظ است.

قدم دوّم: ثمرهٔ قول به کشف حقیقی از یکطرف (به هر دو قسم آن) با قول به کشف حکمی از طرف دیگر، کجا ظاهر می‌شود؟

مرحوم شیخ در این رابطه فرعی را عنوان کرده و در آن احکامی را به ترتیب بیان می‌کنند:

امّا فرع: اگر شخصی فضولتاً کنیز دیگری را به فرد ثالث فروخت، و معاملهٔ فضولی محقّق شد و بعداً مالک اصلی این معامله را امضاء کرد حکم چیست؟ امّا حکم فرع مزبور:

الف: مشتری پیش از اجازهٔ مالک اصلی با جاریه هم بستر شده، آیا این وطی حلال است یا حرام؟

اگر اجازه را کاشف به کشف حقیقی بگیریم (به هر دو شقّ آن) باید بگوییم: وطی مزبور در ظاهر شرع حرام است زیرا مشتری نمی‌دانست که بعداً اجازه می‌آید یا نه؟ و عند الشک اصل عدم اجازه جاری است و نهی ظاهری از وطی دارد و مخالفتِ آن حرام است. ولی در واقع و عند اللّه حرام نیست زیرا خدا می‌دانست که مالک اجازه خواهد

کرد و اجازه هم کاشف از ملک از اوّل امر است، پس وطی واقعاً در ملک خودش بوده نه در ملک دیگری پس مفسدهٔ ذاتی نداشته و حرام نبوده (البته بر فرض شرطیّت تـعقّب اجازه باید گفت: چنانچه علم به اجازهٔ بعدی داشت در ظاهر حرام نبود.) امّا اگر اجازه کاشف حکمی باشد باید گفت: وطی مزبور ظاهراً و واقعاً حرام است. امّا ظاهراً به حکم اصل عدم اجازه، و امّا واقعاً به حکم اینکه عین جاریه حین الوطی مـلک او نـبوده و روایات می‌گوید: لا وطی الّا فی ملکٍ ای لا وطی مشروعاً و جایزاً... .

ب: اگر کنیز مزبور در دست مشتری مستولده شد و از او فرزندی بدنیا آورد آیا این کنیز امّ ولد می‌شود و احکام امّ ولد (از قبیل در شُرف آزادی بودن و عدم جواز نقل و انتقال آن به دیگران.) بر او جاری می‌شود یا نه؟ باز بر مبنای کشف حقیقی به هر دو قسم آن، جواب مثبت است، زیرا واقعاً ولد در ملک خود مشتری موجود شده و مناط امّ ولد بودنِ آن کنیز قطعی است. ولی بر مبنای کشف حکمی اوّل می‌فرمایند: باز هم جـواب مثبت است و اجازه کاشف از ترتب آثار ملک از اوّل عقد است و امّ ولد شدن هم یکی از آن آثار است پس مترتب می‌شود. ولی احتمال هم می‌دهند که شرط امّ ولد شدن حدوث ولد در ملک واقعیِ خود مشتری باشد و ایـنجا عـلی الکشـف الحکـمی ولد در مـلک مشتری منعقد نشده و لو بعد از اجازهٔ مالک اصلی ملک مشتری می‌شود ولی فعلاً که ملک نیست، و امّ ولد یا مستولده هم صدق نمی‌کند تا محکوم به احکامِ آن باشد. پس طبق احتمال مزبور باز هم کشف حکمی و حقیقی ثمره پیدا کرد.

ج: قوله: و لو نقل:

اگر مالک اصلی پیش از اطّلاع از معاملهٔ فضولی و اجازهٔ آن خود مستقیماً اقدام کرد و جاریه را به دیگری منتقل کرد (به هبه یا بیع و...) و بعداً از ما وقع با خبر شد و معاملهٔ فضولی را هم اجازه کرد، در اینجا اگر اجازه را کاشف حقیقی بگیریم نتیجه آن است که: نقل مزبور باطل و فاسد است، زیرا اجازه کاشف از این است که نقل مزبور در ملک خود مالک اصلی نبوده و ملک واقعیِ غیر (مشتری) را به دیگران منتقل کرده آن هم صحیح نیست (مگر مجدداً مشتری آن نقل مالک اصلی و قبلی را اجازه کند.) البته احتمال هم دارد که نقل مزبور به منزلهٔ رّد معاملهٔ فضولی از سوی مالک اصلی باشد (البته به دلالت التزامی بررّد دلالت می‌کند ولازمهٔ نقل دادن آن است که اگر دیگری روی این عین کار

کرده من قبول ندارم.) و اگر ردّ شد اجازهٔ بعدی فائده‌ای ندارد زیرا به زودی خواهد آمد که از شروط مفید و مؤثر بودن اجازه آن است که مسبوق به ردّ نباشد، و اینجا مسبوق به ردّ است. ولی اگر اجازه را کاشف حکمی بدانیم باید گفت: هم نقل مالک اصلی صحیح و بجا است زیرا تا اجازه نکرده بود، عین مال در ملک خودش بود و مردمان بر اموال خویش سلطنت دارند، پس حقّ نقل و انتقال داشت و از این حقّ استفاده کرد. و هم اجازهٔ بعدی نسبت به بیع فضولی صحیح است، زیرا زمام امر این مال در دست مالک اصلی است وباید او طیب نفس داشته باشد، آنگاه مقتضای جمع میان دو حقّ مزبور (حق نقل و حق اجازه داشتن) آن است که: اگر اوّل منتقل کرده بود و بعداً معامله فضولی را اجازه کرد، عین جاریه به منتقل الیه تعلّق می‌گیرد و بعد باید قیمت واقعی آن را (که بدل قیمی است) به مشتريِ اصیل بپردازد.

تنظیر: ما نحن فیه مثل فسخ معاملهٔ خیاری است، بیان ذلک: شخصی متاعی را به دیگری فروخته و مثلاً برای مدّتی حقّ الخیار گذاشته که اگر خواست معامله را فسخ کند، در ظرف آن مدّت مشتری متاع مزبور را به نقل لازم به شخص ثالث منتقل کرد، حال چه باید کرد؟ بگوییم ذی الخیار پس از این نقل لازم حقّ الخیار ندارد؟ یا بگوییم: نقل لازم از سوی مشتری بیجا است؟ خیر هم حق الخیار باقی و قابل اعمال است و هم نقل لازم صحیح است. و جمع میان آندو به‌این است که: اگر ذی الخیار اعمال خیار نمود، مشتری باید از عهده برآید، و بدل آن عین را به فروشنده ردّ کند (مثل بوده باید مثلی را بدهد و قیمی بوده باید قیمت را بپردازد.)

قوله: و ضابط:

ضابطهٔ کشف حکمی آن است که پس از اجازهٔ مالک آثار و احکام ملک را از اوّل مترتب کنیم، به گونه‌ای که گویا از اوّلِ معامله ملکیّت آمده بود. (البته تا حدّ امکان اثر بار می‌شود.) بدنبال این ضابطه می‌گوییم: بر مبنای کشف حکمی از حیث ترتّب و عدم‌ترتّب آثار سه صورت متصور است:

(۱ـ در ظرف مدتی که معامله فضولی واقع شده تا لحظهٔ اجازه هیچ اثری از آثار ملک بر این عین مترتّب نشده، و مالک اصلی هیچ استفاده‌ای از آن نکرده است و منافع مستوفاتی ندارد. در این فرض بعد از اجازه خود عین به ملک مشتريِ اصیل در می‌آید و

نسبت به آثار و منافع آن هم ضمانی نیست.)

۲ـ در مدّت مزبور برخی از آثار ملک بر این مبیع مترتّب شده و مالک اصلی از آنها بهره‌مند شده ولی این ترتّب آثار ملک و انتفاع بردن از آن بگونه‌ای است که با اجازهٔ بعديِ مالک تنافی ندارد و قابل جمع است، مثلاً نماء مبیع را تلف کرده (میوهٔ درخت را خورده، شیر گوسفند را خورده و...) و یا منافع مزبور را به دیگری هدیه کرده یا فروخته و خلاصه: به دیگران منتقل کرده است. ولی خود عین کماکان موجود است و قابل تسلیم به مشتری هم هست. در اینجا اگر بعداً اجازه کرد، عین، ملک مشتری می‌شود و نسبت به نماء تالف هم مالک اصلی ضامن است و باید از عهده برآید یعنی بدل تالف (مثل یا قیمت) را بپردازد.

۳ـ در مدّت مزبور ترتّب اثر محقّق شده آنهم بگونه‌ای که با اجازهٔ بعدی منافی است، مثلاً عین را عقلاً و واقعاً تلف کرده و یا اتلاف شرعی پیدا شده یعنی عبد را آزاد کرده، مبیع را وقف کرده و... که شرعاً خود عین قابل برگشت به ملکیّتِ او نیست. در چنین فرضی محلّ و موضوع اجازه (عین) فوت شده و طبعاً اجازه لغو است و معاملهٔ فضولی خود به خود منفسخ است. البته در همین فرض هم احتمال دارد که اجازه صحیح باشد و چون خود عین تلف شده بدلِ آن را مالک اصلی به مشتريِ اصیل بدهد. و به زودی خواهد آمد که چنین احتمالی بجا است یا بیجا؟

قوله: ثم انّهم:

در قدم سوّم ثمره قول به کشف را (مطلقاً یعنی چه کشف حقیقی به هر دو قسم آن و چه کشف حکمی) از یکطرف، و قول به نقل را از طرف دیگر، بیان می‌کنند که بحث مهمّی است، اجازه مالک کاشفه باشد چه ثمرات و نتایج عملی دارد؟ و ناقله باشد چه برکات و فوایدی دارد؟ ابتدا سه ثمره را که از اهمیّت بسزائی بر خوردارند ذکر می‌کنند، سپس ثمرات غیر مهمّ را مورد بحث و بررسی قرار می‌دهند، امّا ثمرات اصلی و مهمّ:

الف: مقدمه: نماء یا متّصل به عین است مثل رشد و نمّو شجره، چاقی حیوان و... و یا منفصل وجدای از عین است مثل میوهٔ درخت، پشم و شیر و برّه گوسفند و... نماء متّصل تابع عین است و هر کس مالک عین بود مالک نماء نیز خواهد بود، و کلام در نماء منفصل است، با این مقدّمه می‌گوییم: ثمرهٔ قول کشف و نقل در نمائات منفصل ظاهر

می‌گردد، و آن اینکه: اگر اجازه را کاشفه بدانیم (به قول مطلق، یعنی کشف حقیقی یا حکمی) نماء مبیع از آغاز معاملهٔ فضولی از آنِ مشتری یعنی منتقل الیه است. (و نماء ثمن از آن مالک اصلی است، البته ثمن اگر نقد رائج باشد چنین نمائی ندارد ولی اگر جنس باشد و معاملهٔ پا به پا انجام می‌شود در آن هم نماء متصور است و مال مجیز است.) و اگر اجازه را ناقله بدانیم نماء مبیع تا زمان اجازه مال خود مالک اصلی و مجیز و منتقلٌ عنه است، چون هرکس مالک عین است مالک نمائات نیز می‌باشد. (و نماء ثمن هم مال مشتری است، البتّه اگر نمائی باشد.) ثمرهٔ مذکور کاملاً واضح است، ولی شهید ثانی در شرح لمعه عبارتی دارد که مورد بحث و توجیه واقع شده: عبارت شهید: اگر اجازه راکاشفه بدانیم نماء منفصلِ مبیع مال مشتری است و نماء حاصل از ثمن مال بایع است (منظور مالک اصلی باید باشد نه بایع فضولی.) ولی اگر اجازه را ناقله بدانیم هم فوائد مثمن و هم ثمن هر دو مال مالک مجیز است.[1]

این عبارت به ظاهرش مبتلا به اشکال و بر خلاف قواعد است زیرا جمع میان عوض و معوض در ملک واحد است. بعضی از فقهاء (صاحب مفتاح الکرامة) فرموده: ما کلمهٔ مالک مجیز را در عبارت شهید بر ظاهرش ابقاء می‌کنیم، و حکم شهید ثانی را «که فرموده: هر دو مال مالک است» توجیه می‌کنیم، و می‌گوییم: امّا اینکه نماء مبیع از آنِ مالک مجیز است، برای آن است که: تا اجازه نیامده وی مالک مبیع است و به تبع آن مالک نماء هم هست. و امّا اینکه نماء ثمن مال او است، زیرا مشتریِ اصیل به میل و اختیار خویش ثمن را از ملک خود خارج کرده و مالک را بر آن مسلّط ساخته است[2] (و نظیر تسلیط مجّانیِ غاصب بر مال است که سبب می‌شد که اگر غاصب با عین آن مال متاعی خریداری کند، ملکش شود.)

ولی این توجیه صحیح نیست زیرا مشتری گرچه به اختیار خود ثمن را از ملکش خارج کرده و طرف را بر آن مسلّط کرده ولی تسلیط مجّانی که نیست، تسلیط به عوض است و نتوان عوض و معوّض را به مجیز داد. و لذا بهتراین است که در ظاهر کلمهٔ «مالک مجیز» در عبارت شهید تصرف کرده و بگوییم: منظور ایشان از مالک مجیز، جنس مالک است و جنس بر یک فرد و دو فرد هر دو صادق است و مورد کلام ایشان هم جایی است

---

۱. اللمعة الدمشقیه، ج ۳، ص ۲۲۹. ۲. مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۱۹۰.

که بایع و مشتری هر دو فضولی باشند، و عقد از هر دو طرف نیازمند به اجازه باشد اینجا است که اگر هر دو اجازه کردند، نماء ثمن و مثمن از آنِ جنس مالک مجیز است یعنی نماء مثمن به مالک اصلیِ مبیع تعلّق دارد، و نماء ثمن هم به مالک اصلی ثمن تعلّق دارد. و اگر کلام شهید را بر این توجیه حمل کنیم به حسب قواعد، اولی و انسب از توجیه مفتاح الکرامة است.

ب: ثمرهٔ دوّم پس از معاملهٔ فضولی و پیش از اجازهٔ مالک اصلی، اگر طرف اصیل عقد را فسخ کرد و معامله را ابطال کرد و گفت: فسختُ یا ابطلتُ و... آیا فسخ او مؤثر است یا نه؟ باز بر مبنای کشف و نقل مطلب فرق می‌کند، و ما این فراز از کلام شیخ را به بیان زیر توضیح می‌دهیم: عمومات و اطلاقی داریم که دالّ بر صحّت و لزوم معامله هستند، و دلالت دارند که اگر معامله‌ای انجام شد باید بدان وفا کنید و حق ندارید آن را باطل کنید (اوفو بالعقود، احلّ اللّه البیع و...) این عمومات معاملهٔ فضولی را نیز شامل است، و طرف اصیل باید به عقدش وفا دار باشد و علی القاعده نباید فسخ کند، مگر مواردی که به حکم اجماع خارج شده و فسخ جایز است از قبیل:

۱ـ هنوز عقد که سبب است کامل نشده و جزء آن محقّق شده یعنی مثلاً موجب ایجاب را انشاء کرده ولی هنوز قابل قبول را انشاء نکرده، در اینجا فقهاء تسالم و اجماع دارند که: وی حق دارد از ایجابش رجوع کرده و آن را باطل کند.

۲ـ عقد کامل شده ولی هنوز شرط صحّت محقّق نشده، مثلاً در باب هبه و وقف و صدقه و بیع سلم، قبض شرط صحّت است و در بیع صرف تقابض فی المجلس شرط صحّت است و تا نیامده عقد صحیح نیست: باز به اجماع فقهاء طرفین یا یکطرف حق فسخ دارند. و عقد مزبور لازم الوفاء نیست.

(۳ـ مواردی که عقد آمده و قبض هم آمده و معامله کاملاً صحیح است و ملکیّت هم آورده ولی در مدّت خیار باز معامله جایز و متزلزل است و کسی که حقّ الخیار دارد می‌تواند آن را بهم بزند و وجوب وفاء ندارد.)

حال موارد مذکور و مانند آن از عموم و اطلاق ادّلهٔ لزوم معامله خارج شده است. آنگاه در ما نحن فیه اجازه اگر ناقله باشد یا شرط صحّت است و تا نیاید مشروط نیامده و یا جزء سبب است و تا نیاید مسبّب نمی‌آید، (مثل ایجاب بدون قول) و در هر حال به

حکم اجماع تا اجازه نیاید بر طرف اصیل وفا کردن واجب نیست و عقد مزبور عقد لازم نیست. و حق فسخ محفوظ است و اگر فسخ کرد معاملهٔ فضولی باطل و منفسخ می‌گردد. ولی اگر اجازه کاشفه باشد حق فسخ ندارد و به حکم عمومات و اطلاقات باید پای عقدش بایستد، آری مالک اصلی حق فسخ و ردّ یا امضاء دارد ولی مشتری اصیل ندارد.

قوله: فلا یرد:

محقّق قمی فرموده: بنابر اینکه اجازه ناقله هم باشد باز فسخ عقد قبل از اجازه صحیح نیست و طرف اصیل حق ندارد معامله را ابطال کند، زیرا فرض این است که جزء سبب (عقدی که میان فضولی و اصیل منعقد شد.) یکماه قبل مثلاً آمده، جزء دیگر هم که اجازهٔ مالک باشد وقتی ضمیمه شد، ترتّب اثر یعنی ملکیّت و نقل و انتقال که یک اثر وضعی است به طور قهری مترتّب می‌شود، و در اختیار مشتری نیست که بخواهد آن را بهم بزند و جلو ترتّب اثر را بگیرد، (اصولاً آثار وضعی چنین هستند که چه بخواهد و چه نخواهد مترتب می‌شود مثل مستی که بر شرب خمر مترتب می‌شود.) پس بعد از عقد و معامله در اختیار مشتری نیست که به هم بزند.[1]

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در جواب میرزا قمی می‌فرماید: شما از کجا به ضرس قاطع می‌فرمائید: به مجرّد انضمام جزء دیگر یعنی اجازه حتماً اثر مترتب می‌شود و هیچ قید و شرطی ندارد؟ شاید ترتّب اثر منوط و مشروط به فاصله نشدنِ فسخ میان دو جزء سبب باشد، و اگر فسخ فاصله شد جلو ترتّب اثر را بگیرد، و با وجود این احتمال مجرّد انضمام جزء دیگر مفید نیست و دلیل بر وجود مسبّب و اثر نمی‌باشد.

قوله: فا لاولی:

اگر می‌خواهید جواز فسخ و ابطال را منع کنید و بگوئید: ما نحن فیه از مواردی نیست که اجماع بر جواز فسخ داشته باشیم و یا شک در اجماع داریم، خوب است احتمال مزبور را که در جواب میرزا دادیم دفع کنید و بگوئید: عدم تخلّل فسخ شرط نیست، بلکه چه فسخ فاصله بشود چه نشود معاملهٔ فضولی باطل نمی‌شود به این دلیل که اطلاقات

۱. جامع الشتات، ج ۲، ص ۲۸۲.

صحت و لزومِ عقود و معاملات این معامله را می‌گیرد و دلیلی هم بر تخصیص آنها و عدم لزوم وفا و جواز فسخ این معامله وارد نشده، و اجماع هم مشکوک است. پس فسخ جایز نیست. ولی دفع احتمال مزبور به توسّط ادّله و اطلاقات صحّت و لزوم خالی از اشکال نیست (و نتوان گفت: به حکم اطلاقات فاصله نشدن فسخ شرط اینست بلکه فاصله بشود یا نه لزوم وفا هست یعنی فسخ اثری ندارد.)زیرا که پس از احتمال مزبور و تحقّق فسخ از سوی اصیل، الان شک در صدق عقد و عهد داریم زیرا شاید با فسخ اصیل از بین رفت و با شکّ در صدق عقد و عهد، تمسّک به عام یا مطلق از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ مصداقیّهٔ دلیل عام و مطلق است که به اتفاق کلمهٔ اصولین جایز نیست. و اگر بگوئید: با استصحاب، بقاء عقد و عهد را احراز می‌کنیم، خواهیم گفت: این استصحاب اصل مثبت است و مستقیماً نتیجهٔ شرعی ندارد، بلکه نتیجه‌اش جواز تمسّک به عام و مطلق است که اثر شرعی نیست. و لذا حجّت نیست وقتی شمول دلیل محرز نشد، شک در جواز و عدم جواز فسخ می‌کنیم، حکم به جواز می‌شود. در نتیجه ثمره به قوّت خود باقی است که علی الکشف این فسخ باطل است و علی النقل صحیح و مؤثر است.

ج: قوله: و منها:

سوّمین ثمرهٔ مهّم کشف و نقل: در مورد جواز و عدم جواز تصرّفِ اصیل ثمره ظاهر می‌شود، (قبل از هر مطلبی لازم است بدانیم که این ثمرهٔ سوّم مبتنی بر ثمرهٔ دوّم نیست، یعنی اینطور نیست که بگوییم: هر کس در آنجا قائل به جواز فسخ اصیل شد در اینجا هم قائل به جواز تصرّف اصیل می‌شود، و هر کس در آنجا طرفدار عدم جواز فسخ بود در اینجا هم حکم به عدم جواز تصرف می‌کند بلکه چه در آنجا فتوی به جواز فسخ بدهیم و چه فسخ را جایز ندانیم (مثل محقّق قمی) در اینجا بحث از جواز تصرّف و عدم جواز تصرّف باقی است. و اصولاً عنوان تصرّف و عنوان فسخ عام و خاص من وجه هستند، از طرفی فسخ اعمّ از قولی و فعلی است (فسخی که با فعلی از افعال و تصرّف به نیّت فسخ انجام گیرد.) البته فسخ فعلی مورد بحث است کما سیأتی و از طرفی هم تصرّف اعمّ از تصرّف به قصد فسخ و ابطال و تصرّف بدون قصد مزبور است، پس هر کدام از جهتی اعمّ هستند و لذا ربطی به هم نداشته و تصرّف از حیث حکم مبتنی بر فسخ نیست.)

حال اگر یک اصیل و یک فضولی معامله کردند، پس از اجازهٔ مالک اصلی تکلیف

روشن است، ولی قبل از آمدن اجازه و در فاصلهٔ زمانیِ از عقد تا اجازه باز فضولی تکلیفش روشن است و حقّ تصرّف ندارد، و امّا طرف اصیل: اینهم نسبت به منتقلٌ الیه بحثش در ادامه خواهد آمد، امّا نسبت به منتقلٌ عنه فعلاً بحث داریم که: تا زمانی که مالک اصلی معاملهٔ مزبور را اجازه نکرده آیا طرف اصیل در مَا انْتُقِلَ عنه حق دارد تصرف کند یا نه؟ (تصرّف هم گاهی به گونه‌ای است که با اجازه بعدی منافی است و مفّوِت محلّ اجازه است که مثالهایش د رادامه می‌آید و گاهی به نوعی است که لطمه‌ای به اجازهٔ بعدی نمی‌زند، مثلاً در مدّت یکماه بین عقد و اجازه از مرکب استفاده کرد از خدمات عبد وامه برخوردار شده و... فرقی از این حیث نیست.) در کلّ از کلام شیخ اعظم سه قول مستفاد است:

۱ـ قول به تفصیل:

اگر اجازه را ناقله بدانیم تصرّفات اصیل جایز است، به دلیل اینکه تا اجازه نیامده منتقلٌ عنه و مالی که اصیل مورد معامله قرار داده ملک خود او است و مردمان بر اموال خویش سلطنت دارند، پس حقّ تصرّف محفوظ است. (بر مبنای کشف حکمی هم مطلب چنین است.) دو مثال:

الف: مولایی جاریه‌اش را به شخص فضولی فروخت، و هنوز مالک اصلیِ ثمن این معامله و شراء فضولی را امضا نکرده، تا امضا نشده فروشندهٔ اصیل (مولی) مجاز است در جاریه هر نوع تصرّفی بنماید، زیرا هنوز جاریه ملک او است و النّاس مسلّطون علی اموالهم، پس حق دارد جاریه را وطی کند، و اگر جاریه در این مدّت مستولده شد امّ ولدِ مولی محسوب می‌شود، و احکام امّ ولد بر آن پیاده می‌شود، و قهراً نوبت به اجازهٔ بعدی نمی‌رسد و محّل آن فوت می‌گردد، چرا که امّ ولد قابل نقل و انتقال به دیگران نیست.

ب: زنی فضولتاً خود را به عقد مردی در آورد قبل از آنکه آن مرد این نکاح را اجازه کند رفت و با مرد دیگری ازدواج کرد، چون چنین حقّی داشت و از آن استفاده کرد، اجازهٔ اوّلی ملغی است، چون محّل قابلیّت آن را ندارد، زیرا یک زن در زمان واحد یک زوج می‌تواند اختیار کند نه بیش از آن. پس بر فرض که طرف اصیل حقّ فسخ کردن نداشته باشد، ولی حقّ دارد تصرّف کند آنهم سلطنت مطلقه دارد یعنی حتّی تصرّف منافی با اجازه هم می‌تواند انجام دهد.

۲ـ قوله: و ربّما احتمل:

پیش از آنکه شقّ دوّم تفصیل مزبور را ذکر کنند قول یا احتمال دوّم را می‌آورند، و آن اینکه: طرف اصیل مطلقاً حقّ تصرّف ندارد: چه اجازه را ناقله بدانیم و چه کاشفه، امّا بنا بر کشف: دلیل آن در ادامه و تکمیل تفصیل مزبور خواهد آمد. و امّا بنا بر نقل: فرض این است که: عقدی منعقد شده و طرف اصیل عاقد است، و عموم اوفو با العقود، دامنگیر او است و او باید به عقد خود وفادار باشد آری طرف دیگر (مالک اصلی) حق دارد فسخ و ردّ کند یا اجازه کند، چون تا اجازه نکرد عاقد یا به منزلهٔ عاقد نیست، و عموم آیه او را شامل نمی‌شود. ولی طرف اصیل چنین حقّی ندارد و باید پای عقدش بایستد و معنای وفای به عقداین است که: منتقلٌ عنه را از ملک خارج شده تلقّی کند و آنرا نزد خود امانت به حساب آورد، و در نتیجه حقّ تصرّف ندارد.

قوله: و هو الذّی:

از سخنان محقّق ثانی هم در مسألهٔ شراء به عین مغصوبه همین احتمال مستفاد است که فرموده: نه بایع (اصیل) و نه غاصب (فضولی) هیچکدام حق ندارند در عین (عینی که از بایع به مشتری منتقل می‌شود که متاع بایع باشد، نه عین مغصوب) تصرّف کنند، زیرا احتمال دارد بعداً مالک اصلی اجازه کند، پس اصیل هم حق ندارد، مخصوصاً بر مبنای کاشفیّت اجازه[1] (از این جمله استفاده می‌شود که اصیل مطلقاً حق تصرف ندارد، چه بر مبنای کشف یا نقل، و به ویژه بر مسلک کشف این عدم جواز روشنتر است.)

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ قول دوّم را ردّ کرده و می‌فرماید: بنابر اینکه اجازه ناقله باشد یا شرط تأثیر است و یا جزء سبب و مؤثر است و به هر مال مدخلیّت دارد و تا نیامده ملکیّتی نیست، آنگاه بر این مبنا عقد تمام سبب و تمام مؤثر نیست تا بگوئید: عقد آمده پس وجوب وفا هم می‌آید، پس اصیل حق ندارد در مالش تصرّف کند، بلکه تمام سبب، عقد مُجاز است که قید و مقیّد است، یعنی عقدی باشد و اجازه‌ای هم باشد، و مقیّد بما هو مقیّد تا قیدش که اجازه است نیاید به تنهائی حکمی ندارد پس عقد تنها وجوب وفا ندارد، عقد مُجاز

---

۱. جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۳۱.

واجب الوفا است، و فرض این است که هنوز اجازه نیامده پس قید نیامده و ذات مقیّد هم که به تنهائی حکمی ندارد، پس وجوب وفا هم نیامده، و بر فرض شک، از اصل عدم وجوب وفا استفاده می‌شود، در نتیجه بر مسلک نقل حقّ تصرف محفوظ است.

قوله: و امّا علی القول بالکشف:

این فراز در حقیقت بخش دوّم تفصیل مزبور است، و آن اینکه: اگر اجازه را کاشفه بدانیم (منظور کشف حقیقی است) ولو با اصل عدم اجازه و مانند آن حلیّت تصرّف ظاهری درست شود ولی این تصرّفات در واقع حرام است زیرا با آمدن اجازه کشف شد که این تصرّفها در واقع در ملک غیر و بدون اجازهٔ مالک مجیز بوده است. بنابراین وطی جاریه حرام است، اگر مستولده شد احکام امّ ولد را پیدا نمی‌کند، اگر زوجه مجدّداً با دیگری تزویج کرد، و زوج اوّل نکاح فضولی را امضاء کرد، نکاح دوّم باطل می‌شود، چون معلوم می‌شود که این زن زوجهٔ قانونی و واقعیِ اوّلی بوده و اصلاً نکاحش با دوّمی در واقع و عند اللّه منعقد نشده است. و از کلمات جماعتی این عدم جواز تصرّف مستفاد است، منجمله: علامّه سیّد عمیدی[1] و محقّق ثانی[2] و دیگران.

۳ـ قوله: و ربّما اعترض:

از کلمات برخی استفاده می‌شود که: تازمانی که اجازه نیامده طرف اصیل حقّ تصرّف دارد مطلقاً یعنی چه اجازه را ناقله بدانیم و چه کاشفه، امّا بنابر نقل که پر واضح است زیرا تا اجازه نیامده، مال مزبور واقعاً ملک اصیل است و سلطنت دارد و مطلب همان است که در شقّ اوّلِ تفصیل گفته آمد. و امّا بنابر کشف، فعلاً تا اجازه نیامده مانعی از تصرّف نیست زیرا احتمال می‌دهیم بعداً اجازه کند پس در واقع از اوّل این مال از اصیل منتقل شده و سلطنتی ندارد، و احتمال هم دارد که بعداً اجازه نکند پس در واقع ملک او است و سلطنت دارد، و از اصل عدم اجازه اصل عدم انتقال، اصل بقاء مال بر ملک اصیل، اصل بقاء سلطنت و... استفاده کرده و در ظاهر مجوّز تصّرف درست می‌کنیم، آری اگر بعداً مالک اصلی اجازه کرد، تمام تصرّفاتی که منافی با اجازه باشد لغو می‌شود و طرف اصیل ضامن است که بدل آن را بپردازد. و مرحوم صاحب فصول هم فرموده: طرف اصیل حقّ

---

۱. کنز الفوائد، ج ۱، ص ۳۸۵.
۲. جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۳۱.

تصرف دارد مطلقاً یعنی حتّی بنابر کشف (تا چه رسد به نقل) و بعد هم طبق مبنای خودش تبصره‌ای آورده و آن اینکه: اگر از اوّل طرف اصیل می‌داند که بعداً مالک اصلی اجازه خواهد کرد حقّ تصرف ندارد (زیرا از اوّل عنوان عقد متعقّب به اجازه بر این عقد صادق است و موضوع وجوب وفا است.)

قوله: اقول:

مرحوم شیخ در ردّ این نظّریه می‌فرماید: عمومات می‌گوید: اوفوا بالعقود و وجوب وفا را روی عنوان عقد بار می‌کند، واز طرف اصیل عنوان عقد و عاقد کمبودی ندارد، پس بر او وفا کردن واجب و نقض کردن حرام است، آنهم مطلقاً یعنی چه بداند کـه بـعداً مـالک اصلی اجازه خواهد کرد و چه نداند که اجازه می‌کند یا نه، و چه بداند که بعداً ردّ خواهد کرد، ولی تا زمانی که مالک اصلی ردّ و امضاء نکرده، وی باید به عقدش وفا دار باشد، از اینجا معلوم شد که جای تمسّک به اصل عدم اجازه و مانند آن نیست، زیرا با وجود عموم و دلیل اجتهادی چه جای اصل عملی است، عام به عمومش فرض علم به عدم اجازه را هم گرفت تا چه رسد به فرض شک و عدم العلم،

آنگاه اگر اجازه را ناقله بدانیم، می‌گوییم: نفس عقد به نحو مطلق و بی‌قید و شرط واجب الوفا نیست بلکه عقد مُجاز وجوب وفا دارد و تا اجازه نیامده قیدش نیست و ذات العقد هم وجوب وفا ندارد، پس حقّ تصرّف دارد،

و اگر اجازه را کاشفه بدانیم ولی مبنای فصول را اختیار کنیم یعنی وصف تعقّب را شرط بدانیم، باز موضوع وجوب وفا خود عقد نیست بلکه عقد متعقّب به اجازه است و طرف اصیل الان شک در تعقّب دارد، پس باز عقد مقیّد به قید تعقّب الان محرز نیست و وجوب وفا هم نمی‌آید، مگر در فرض علم به تعقّب که به صورت تبصره ذکر کرد.

ولی اگر اجازه را کاشفه بدانیم آنهم خود اجازه را که مسلک مشهور همین است، بر این مبنا تمام موضوع برای وجوب وفا خود عقد است و هیچ قیدی ندارد، خود عقد هم که آمده پس باید طرف اصیل به عقدش وفا کند و حق ندارد نقض کند و هر نوع تصرّفی که موجب نقض عقد شود ممنوع است.

نتیجه: همان تفصیل حق است و بر آن مبنا ثمرۀ سوّم هم مقبول است.

قوله: و من هنا تبيّن:

در پایان فراز قبلی یک قاعدهٔ کلّی ذکر کردند و آن اینکه: هر نوع تصرّفی که نقض مبادله و معامله به شمار آید، به حکم آیهٔ اوفوا بالعقود، جایز نیست. حال از همین مطلب فساد و بطلانِ یک توهّم روشن می‌شود،

امّا توهّم: ماگفتیم: بر مبنای مشهور در باب کشف طرف اصیل حقّ ندارد در منتقلٌ عنه تصرّفی بکند، متوهّم می‌گوید: اگر تصرّف اصیل در منتقلٌ عنه (مالی که از ملک خود منتقل کرده) حرام باشد لازمه‌اش آن است که: تصرّف او در منتقل الیه (مالی که توسّط فضولی به او منتقل شده) جایز باشد، یعنی در فاصلهٔ زمانیِ میان عقد و اجازه ملازمه وجود دارد بین حرمت و ممنوعیّت از تصرّف در مال خودش (منتقلٌ الیه) با جواز تصرّف در مال دیگر (منتقل الیه) و دلیل ملازمه: اقتضای خود عقد است که مفاد عقد مبادلهٔ عوضین و مالین است یعنی هر مالی جای خالیِ مال دیگر را بگیرد، و نسبت به منتقل عنه هم جای عین در ملک اصیل خالی است و هم جای تصرف و انتفاع خالی است پس باید منتقلٌ الیه جای هر دو را پر کند و معنی ندارد که: بر اصیل هم تصرّف در مال خودش حرام باشد و هم تصرّف در مال دیگری، این با مقتضای معامله که مبادله است نمی‌سازد.

و امّا فساد توهّم: شیخ اعظم(ره) می‌فرماید: میان حرمتِ تصرّف در منتقلٌ عنه با جواز تصرّف منتقلٌ الیه هیچ ملازمه‌ای نیست، و می‌شود که هم اوّلی حرام باشد و هم دوّمی، امّااوّلی حرام است به این دلیل که اصیل وقتی انشاء عقد کرد بر او عاقد صدق می‌کند و مخاطب به خطابِ اوفوا بالعقود می‌شود و معنای اوفوا بالعقود آن است که: بر شمای عاقد وفای عقد واجب است و نقض عقد حرام است. و عقد یعنی عهد و عهد یعنی التزام و التزام یعنی چیزی را به عهده گرفتن، و زیر بار امری رفتن، و نسبت به خروج منتقلٌ عنه از ملک اصیل و دخول آن در ملک مالک اصلی این معنی صدق می‌کند یعنی اصیل به این امر ملتزم شده و آن رابه عهده گرفته است، پس باید پای تعهّدش بایستد و حقّ نقض ندارد، پس هر تصرّف منافی با آن هم جایز نیست. البته این التزام در مقابل عوض است یعنی مجّاناً ملتزم به تملیک مال خود به دیگران نشده بلکه معامله است و در برابر عوض ملتزم به خروج مال خودگردیده، ولی این عوض داشتن داخل در التزام او نیست و نامش التزام علی نفسه نیست، گرچه داخل در مفهوم معامله هست، ولی

معامله التزام طرفینی است نه یک طرفی، پس آنچه اصیل بدان ملتزم شده خروج مال خودش می‌باشد، و امّاً نسبت به دخول مال دیگری در ملک اصیل، التزام نیست بلکه الزام غیر است، جعل مال دیگری برای خودش است، و این قسمت در گرو امضا و رضایت غیر است. آنگاه اگر اصیل در مال خودش تصرّفی انجام دهد تخلّف و تخطّی و نقض عقد صدق می‌کند. ولی اگر در مال دیگری تصرفی نکند نقض صادق نیست تا بگوئید: پس تصرّف جایز است تا نقض عقد نشود.

و امّاً دوّمی (تصرّف در منتقل الیه) حرام است برای اینکه شک داریم که آیا در واقع به اصیل منتقل شده یا نه؟ و منشأ شک هم آن است که: نمی‌دانیم که آیا بعداً اجازه خواهد آمد یا نه؟ اصل عدم اجازه، اصل عدم انتقال، اصل عدم جواز تصرّف در مال غیر جاری می‌شود (البته اصول مزبور در طول هم هستند و سوّمی مسبّب از دوّمی و دوّمی از اوّلی است و اگر سببی جاری نشد نوبت به مسبّبی می‌رسد.)

نتیجه: پس منافاتی ندارد که بر اصیل هم تصرّف در منتقلٌ عنه حرام باشد و هم در منتقلٌ الیه (خواهید گفت: این به ضرر او است، ظلم و اجحاف بر او است غلّ ایدیِ اصیل است و... در جواب می‌گوییم: اوّلاً خودش اقدام کرده و کسی که بر ضرر خویش اقدام کرد دیگری ضامن او نیست. و ثانیاً ضرر جبران می‌شود، زیرا بعداً اگر مالک اصلی ردّ کرد تمام نمائات منتقلٌ عنه مالِ اصیل است. و اگر امضا کرد و ناقله بود باز تا وقت اجازه نمائاتِ عین، مال او است. و اگر کاشفه بود باز در واقع منافع و نمائات بدلی یعنی منتقلٌ الیه مال او است و مالک اصلی ضامن است و ظلم و ضرری هم پیش نمی‌آید.)

قوله: و دعوی:

ما گفتیم: بر مسلک مشهور (کاشفیّت) اصیل حق تصرّف در مال خودش ندارد. حال مستشکل می‌گوید: التزام اصیل به معامله و عقد و خروج مال از ملک خودش، یک التزام فعلی و تنجیزی نیست تا وجوب وفا و حرمت نقض داشته باشد، بلکه در حقیقت یک التزام تعلیقی و مشروط است، که شرط آن اجازه است یعنی اصیل که می‌گوید: بعتُ و انشاء عقد می‌کند منظورش این است که: اگر مالکِ اصلی اجازه دهد من می‌فروشم، یا اگر عوضِ مالم ملک من شود ملکم را می‌فروشم، و وقتی التزام اگری و تعلیقی و علی تقدیر الاجازه شد، چنانچه یقین داریم که آن شرط و تقدیر محقّق خواهد شد، باید

وفادار باشیم ولی اگر علم به تحقّق آن نداریم هیچ مانعی ندارد که قبل از تحقّق شرط یا معلّقٌ علیه، اصیل بتواند در مال خود تصرف کند. همان طوری که درباب نذر معلّق (نذر گاهی مطلق و فعلی و حالی است مثلاً می‌گوید: **للّه علّی ان افعل کذا وکذا** و به مجرّد انعقاد صیغهٔ نذر وجوب وفای به نذر می‌آید و مخالفت با آن موجب حنث نذر است و کفارّه دارد. ولی گاهی معلّق و مشروط است مثلاً می‌گوید: **للّه علّی اِنْ شفی المریض او قدم المسافر ان افعل کذا وکذا.**) مادامی که معلّق علیه نیامده جماعتی از فقهاء می‌فرمایند: ناذر حق دارد در مال منظور تصرّف کند، چون هنوز نذر منجّز نشده و اگر تصرّف کرد حنث نذر نمی‌شود و کفارّه هم ندارد. هکذا در ما نحن فیه نسبت به تصرّف اصیل قبل از علم او به تحقّق اجازه که این هم نقض عقد و التزام محسوب نمی‌شود تا حرام باشد.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ در جواب ادّعای مزبور می‌فرمایند:

اوّلا در باب مقیس علیه (نذر) هم مطلب روشن نیست واشکال مشهوری است که قبل از حصول شرط نذر آیا ناذر حقّ دارد در مال منذور تصرّف نماید یا نه، پس چگونه ما نحن فیه به آن باب قیاس می‌شود؟

ثانیاً بر فرض در باب نذر تصرّف مزبور جایز باشد ولی قیاس مسألهٔ ما به آن باب مع‌الفارق است زیرا در باب نذر اصل ماهیّت نذر و التزام یک التزام تعلیقی و مشروط است و کسی را رسد که بگوید: تا شرط نیاید وجوب وفا هم نمی‌آید. ولی در مسألهٔ ما التزام اصیل معلّق و مشروط نیست و اصولاً تعلیق در عقد مُبطل است و اجماعی است که باید انشاء تنجیزی باشد و ای چه بسا اصیل اصلاً از فضولی بودنِ طرف بی‌اطلاع است و جزماًانشاء بیع یا شراء می‌نماید و یا اگر از فضولی بودن هم با خبر است باز نمی‌گوید: بعتُ بشرط اجازهٔ مالک، بلکه جزماً می‌گوید: بعتُ، البته درکنار آن امیدوار است و رجاء واثق دارد که بعداً مالک اصلی هم این را امضاکند پس اصل التزام معلّق بر چیزی نیست، و وقتی از ناحیهٔ اصیل التزام به مبادله فعلی و مطلق بود وفای به آن واجب و نقض آن حرام خواهد بود و باید منتظربماند تا مالک اصلی عقد را اجازه یا ردّ کند و خود بخود معامله منتقض شود.

قوله: و لاجل:

در این فراز شاهد گویایی می‌آورند مبنی بر اینکه طرف اصیل به آنچه بر نفس خویش ملتزم شده باید وفادار باشد و کاری که با این التزام منافی است انجام ندهد، نه چیزهایی که مربوط به او نیست و عنوان ملتزم به بر آنها صدق نمی‌کند، و آن مطلبی است که علامّه در قواعد درباب نکاح آورده: اگر شخصی بدون اذن طرف دیگر عقد نکاح را خواند و یک طرف که خود عاقد است اصیل بود و طرف دیگر فضولی، در اینجا نسبت به عاقد یا مباشر عقد که اصیل است مصاهره و ازدواج حرام می‌شود،

آنگاه اگر مباشر عقد مرد است و بدون اذن و توکیل زنی را به عقد خویش در آورده و خود را به این نکاح ملتزم ساخته است حکمش آن است که: اگر قبلاً سه زن دائمی داشته و الان هم فضولتاً این زن چهارم را به عقد دائم در آورده است فعلاً حق از ازدواج دائم با زن دیگر ندارد زیرا بیش از چهار زوجهٔ دائمی شرعاً ممنوع است. و نیز اگر آن زنی که فضولتاً معقودهٔ این مرد واقع شده خواهری داشته باشد، بر این مرد ازدواج با آن حرام است زیرا جمع میان دو خواهر جایز نیست. و نیز اگر آن زن دختری دارد، فعلاً از ازدواج با دخترش بر این عاقد حرام است و جمع میان مادر و دختر که نبتُ الزوجة المعقوده است نشاید. و نیز مادر آن زن بر این مرد حرام می‌شود چرا که امّ الزوجة المعقوده است.

اینها احکامی است که مرد بدانها ملتزم شده. و باید پای التزامش بایستد و تا زمانی که آن زن نکاح را فسخ یا امضا نکرده این التزامات هست، آنگاه اگر آن زن نکاح را امضا کرد که حرمتهای مزبور کماکان می‌مانند و اگر فسخ کرد آنگاه است که ازدواج با زن دیگر جایز می‌شود (چون پنجمی نیست) ازدواج با خواهر این زن جایز می‌شود با دخترش جایز می‌شود(چون نسبت زوجهٔ مدخول بها نیست.) ولی با مادر آن زن حتّی پس از ردّ نکاح هم حلیّت ازدواج مورد اشکال است. **(و هو ناشٍ من انّ التحریم فی الاّم یکفی فیه العقد علی البنت الصحیح اللازم المجّرد عن الوطی کما هو المشهور و المفروض انه صحیح لازم من طرف المباشر فیترتّب علیه اثره و هو تحریم الاّم، و من انّه لا یکفی فیه ذلک بل لاّ بدمن الدخول علی النبت المعقوده و الاّ فلا یحرم الاّ من باب الجمع کمایقول به ابن ابی عقیل،**

و بعد الفسخ لا یبقی موضوع للجمع.[1]

سؤال: آیا طلاق آن زن (در فاصلهٔ میان عقد و اجازه) صحیح است وحرمت ازدواج با زن دیگر یا خواهر آن زن یا دختر او و یا مادرش را بر می‌دارد؟ یا خیر؟ می‌فرماید: محلّ نظر است. (**وجه النظر: من لزوم ترتّب الطلاق علی نکاح لازم من قبل الزوجة ایضاً و هو منتف هنا فلایکون الطلاق الکذائی معتبراً فی نظر الشارع فلا یفید فی ازالة العقد المزبور فلا یبیح المصاهره بل تحرم الی ان یحصل الفسخ من الزوجه او الاجازة ثم الطلاق. و من انّه طلاق صدر عن اهله فی محلّه لانّ الموقع له کامل و الزوجیّة ثابتة من طرفه فوجب ان یترتب علیه مقتضاه و هو اباحة المصاهرة**[2])

و اگر عاقد یا مباشرِ عقد زن است و فضولتاً خود را به عقد مردی در آورده باز حکم‌این است که باید پای عقد و التزامش بایستد و شرعاً ازدواج او با مرد دیگر جایز نیست مگر مرد اوّلی وقتی خبردار شد نکاح فضولی را فسخ کند، پس از آن، زن آزاد است.

سؤال: آیا در این فرض طلاق صحیح است؟

جواب: آری صحیح است زیرا به دلالت اقتضا دلالت دارد که آناً ما قبل از طلاق نکاح را امضا کرده که طلاق می‌دهد وگرنه طلاقش لغو و عبث بود.

جناب کاشف اللشام هم درکتاب کشف اللشام فرمود: لااشکال در تحریم مصاهره و ازدواج از سوی مباشر[3] وجماعت دیگری هم بدان تصریح نموده‌اند.

قوله: و امّا مثل النظر:

اینها که گفتیم احکامی بود که مباشر عقد بر عهده گرفته بود وبدان ملتزم شده بود و باید به آنها وفا می‌کرد، و امّا آثاری که به نفع مباشر است از قبیل: جواز تطر به زوجهٔ معقوده یا به ما در او (به عنوان ما در زن) و سایر احکام، به مجرّد عقد فضولی جایز نمی‌شود و اینها در بخش ملتزمٌ به داخل نیست تا بگوییم: باید به التزامش وفا بکند، پس در اینگونه از احکام به اصل عدم جواز بر می‌گردیم، زیرا این احکام از آثار علاقهٔ زوجیّت است که طرفینی است و نه تنها ثابت نیست بلکه با اصل عدم زوجیّت منفی است.

---

۱. هدایة الطالب، ص ۲۹۱.
۲. آدرس قبلی.
۳. کشف اللثام، ج ۲، ص ۲۳.

قوله: فحرمة:

نتیجهٔ بحثها از و دعوی... تا اینجا این است که: حرمت نقض عقد بر عاقد (نسبت به آنچه بدان ملتزم شده) فعلی و منجّز است وموقوف بر ثبوت نتیجهٔ عقد (ملکیّت در بیع، زوجیّت در نکاح) نیست، بلکه ثبوت نتیجهٔ عقد تابع ثبوت حرمت نقض از هر دو طرف است و فعلاً تا اجازه نیاید این نتیجه ثابت نیست ولی بر عاقد وفا به عقد والتزام واجب است. پس علی الکشف تصرّف اصیل در منتقل عنه جایز نیست.

قوله :ثمّ انّ:

از نظر مرحوم شیخ سه ثمرهٔ اساسی فیما بین قول به کشف و نقل بود که تا اینجا ذکر کردند و در برابر اشکالهای مطرح شده از این ثمرات دفاع کرده و آنها را پذیرفتند. حال می‌فرماید: برخی از متأخّر المتأخرین (مرحوم کاشف الغطاء ومقدّس اردبیلی ثمرات دیگری نیز ذکر کرده‌اند که بد نیست سری به آن ثمرات زده و به دو منظور آنها را مطرح کنیم.

۱ـ برای تنّبه و آگاهی شمااز آن ثمرات

۲ـ واحیاناً برای حاشیه زدن و بیان اشکالات وارده بر آن ثمرات: در مجموع شش ثمره از اول بعض می‌آورند:

۱ـ اگر یک اصیل و یک فضولی معامله‌ای انجام دادند و در هنگام معامله هم اصیل وهم مالک اصلی اهلیّت و قابلیّت مالک شدن را دارا بودند، ولی پس از معامله و قبل از اجازهٔ مالک اصلی، یکی از طرفین معامله (یعنی طرف اصیل) از اهلیّت و قابلیّتِ مزبور خارج شد، و این لیاقت و شایستگی از او منسلخ گردید (مثلاً مُرد و از دنیا رفت و می‌دانیم که مرده اهلیّت از برای مالک شدن ندارد. یا مرتّد فطری شد که واجب القتل است. و از همان لحظهٔ ارتداد مرده حساب می‌شود و اموالش به ورثه می‌رسد و خود او نمی‌تواند چیزی را مالک شود، و یا مرتد ملّی شد که تا چند روز مهلت دارد و در آن مدّتی که زنده است اهلیّت تجارت و داد و ستدد و مالک شدن را دارد ولی فقط نسبت به دو چیز اهلیّت ندارد: یکی نسبت به عبد مسلم و دیگری نسبت به مصحف) حال اصیل قبل از اجازه مرد، مرتد فطری شد، مرتد ملّی شد و عبد مسلم یا مصحف از فضولی خریده بود در چنین فرضی اگر اجازهٔ مالک اصلی را که بعداً می آید کاشفه بدانیم معاملهٔ

مزبور صحیح است زیرا حین البیع اصیل اهلیت داشت و محذوری نبود ولی اگر ناقله بدانیم این معامله باطل است زیرا حین النقل و الانتقال یعنی در هنگام اجازه اصیل از اهلیّت خارج شده است. و اجازه نمی‌تواند مؤثر بیفتد و چیزی به ملک او در آید.

۲ـ معامله‌ای فضولی انجام گرفت و در هنگام معامله عوضین هر دو مالیّت داشتند و قابل تملّک بودند ولی پس از معامله و قبل از اجازهٔ مالک اصلی هر دو یا یکی از آندو از مالیّت افتاده و ارزش تملّک ندارد (مثلاً تلف شده و از بین رفته و چیزی نیست که ملک کسی شود، یا مثلاً روغن مایعی بوده و حالا نجس شده و از حیّز انتفاع افتاده است و مالیّت ندارد، یا مثلاً به کلّی از قیمت و ارزش افتاده و مثل قالب یخ در زمستان است و...) در این فرض هم اگر عوض و معوّض هر دو از مالیّت افتاده که قطعاً اجازه بی‌اثر است، و اگر مالِ مالکِ اصلی از ارزش افتاده باز اجازه بی‌تأثیر است «زیرا چنانکه در تنبیهات خواهد آمد» شرط تأثیر اجازه آن است که مُجیز در حال اجازه مالک باشد و علی الفرض چنین نیست. آری فرض مسأله آنجا است که مالی که از طرف اصیل به دیگری منتقل شده از ارزش افتاده و تلف شده یا متنجّس شده یا سرکه بوده و تبدیل به شراب شده و... باز در اینجا گفته‌اند: اگر اجازهٔ مالک را کاشفه قرار دهیم، معاملهٔ مزبور صحیح است چون حین العقد کمبودی نبوده، ولی اگر ناقله بدانیم معاملهٔمزبور باطل است، زیرا حین الاجازه مالیّتی نیست تا نقل و انتقالی بیابد.

۳ و ۴ـ (این دو فرض را با هم ذکر کرده‌اند و کلمهٔ القابلیّة در عبارت الف و لامش عهد ذکری است و اشاره به دو فرض ۱ و ۲ می‌باشد.) امّا سوّم: این فرض عکس فرض اوّل است یعنی در هنگام معامله یکی از دو طرف که طرف اصیل باشد قابلیّت مالک شدن را نداشت و پس از معامله و قبل از اجازه اهلیّتِ تملّک را یافته (مثلاً عبد مسلم یا مصحفی را از فضولی خریداری کرده و در هنگام خریدن طرف اصیل کافر بوده ولی بعداً مسلمان شده و الان که مالک اصلی اجازه می‌دهد مانعی نیست.) در اینجا ثمره عکس ثمرهٔ فرض اوّل است، یعنی اگر اجازه را کاشفه بدانیم معامله باطل است زیرا حین العقد طرف قابلیّت نداشت و کافر بود، و اگر ناقله بدانیم معامله صحیح است، زیرا حین الاجازه او مسلمان شده و قابلیّت دارد.

و امّا چهارم: این نیز نقطهٔ مقابل فرض دوّم است: در هنگام معامله مال منقول از

اصیل مالیّت و ارزش نداشت و قابل تملّک نبود ولی در وقت اجازه مالیّت دارد. (مثلاً قبل از انعقاد ثمره در انگور، یا قبل از انعقاد حبّ در گندم، یا قبل از بُدُوٍّ و صلاح به احمرار یا اصفرار در خرما، اینها را به فضولی فروخته ولی حالا که مالک اصلی می‌خواهد اجازه کند، انگور غوره بسته، گندم دانه بسته، خرما رنگ انداخته و ارزش پیدا کرده است.) در اینجا هم اگر اجازه کاشفه باشد معامله باطل است زیرا حین البیع مالیّتی نبوده و شرط صحّت معامله آن است که عوضین مالیّت داشته باشند. ولی اگر ناقله باشد معامله صحیح است زیرا حین الاجازه مالیّت هست.

۵ـ معاملهٔ فضولی انجام گرفته ولی عقد فضولی با فقد شرطی از شروط تأثیر عقد همراه است و مقارنِ با عقد آن شرط نبود ولی بعداً و قبل الاجازه حاصل شد. (مثلاً وقت عقد طرف فضولی یا اصیل یا هر دو بچّه بودند ولی وقت اجازه بالغ شده‌اند و شرط حاصل شده) در اینجا هم اگر اجازه کاشفه باشد معامله باطل است ولی اگر ناقله باشد صحیح است.

۶ـ به عکس فرض پنجم: یعنی در هنگام معامله عقد واجد شروط تأثیر بود ولی بعد از معامله و قبل از اجازه فاقد شرط شد (مثلاً احد الطرفین در این اثناء مجنون یا محجور و... شد) باز اگر اجازه کاشفه باشد معامله صحیح است ولی اگر ناقله باشد محکوم به بطلان است.

قوله و ربّما یعترض:

مرحوم صاحب جواهر[1] به تمام این ثمرات اعتراض کرده و معتقد است که در تمام فروض مزبور معاملهٔ فضولی کلّاً باطل است و فرقی میان قول به نقل و کشف نیست. منتهی در اعتراض به ثمرهٔ اوّل و دوّم و ششم مرحوم شیخ با صاحب جواهر هم عقیده نیست و اعتراض ایشان را پاسخ می‌دهند، ولی در ثمرهٔ سوّم و چهارم و پنجم همصدا با صاحب جواهر آنها را محکوم می‌کنند:

امّا اعتراض جواهر به ثمرهٔ اوّل: اگر اجازه را ناقله بدانیم شما نیز قبول کردید که معاملهٔ مزبور باطل است چون در وقت اجازه طرف اهلیّتِ مالک شدن را دارا نیست. و

---

۱. جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۹۱.

اگر کاشفه هم باشد باز معامله مزبور باطل است. زیرا ادّلهٔ صحّت بیع فضولی (در مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی مبسوطاً این ادّله و مؤیدات را آوردیم) ظهور در استمرار قابلیّت دارند و دلالت می‌کنند که باید قابلیّت مالک شدن از اوّل عقد تا هنگام اجازه باشد تا اجازه کاشف از مالکیّت از اوّل عقد باشد (و لا اقلّ می‌توان گفت: قدر متیقن از آن ادّله این فرض یعنی صورت بقاء و استمرار قابلیّت است.) و در فرض مزبور این قابلیّت استمرار نیافته بلکه پیش از اجازه منسلخ شده و از بین رفته است، پس چنین معامله‌ای مشمول ادّلهٔ صحّتِ معاملهٔ فضولی نیست، پس دلیلی بر صحّت آن نداریم (و بر فرض شک به اصالة الفساد رجوع می‌کنیم) آنگاه نوبت به قول به کشف یا نقل نمی‌رسد و فرقی میان این دو مسلک نیست.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در ردّ اعتراض صاحب جواهر (ره) می‌فرماید: ما هیچ دلیلی نداریم مبنی بر اینکه باید قابلیّت تملّک از لحظهٔ عقد تا زمان اجازه مستمر و مستدام باشد بلکه شواهد خلاف آن را دلالت دارد: یکی از شواهد فتوای صریح فقهاء در این فرع است: اگر فضولی مال کسی را به زید فروخت و زید هم به بکر و بکر هم به خالد و خالد هم به قادر فروخت و عقود متعدّدی در طول هم بر آن وارد شد در اینجا فقهاء فرموده‌اند: اگر مالک اصلی همان معاملهٔ اوّل را امضاء کرد تمام معاملات بعدی صحیح می‌شود. کیفیت استشهاد: صحّت باقی معاملات مستلزم آن است که از هنگامی که اصیل این متاع را به بکر فروخت از ملک خود زید خارج شده باشد، پس در واقع ملک او مستمر نیست و تا زمان اجازه تداوم ندارد، پس استمرار لازم نیست.

یکی دیگر از شواهد ظاهر برخی اخبار است که در مسألهٔ اوّلِ بیع فضولی به صورت مؤیدات ذکر شد: «منظور روایات تجارت عامل مضارب بود که بر خلاف خواست ربّ المال متاع دیگری را مورد تجارت قرار داده بود و روایات به طور مطلق می‌فرمود: با اجازه ربّ المال ربح و سود میان آندو تقسیم می‌شود و اطلاق می‌گرفت فرضی را که در هنگام اجازهٔ مالک اصلی طرف مقابل (یعنی اصیل که با عامل مضارب معامله کرده) حین الاجازه مرده باشد یا زنده، مرتد شده باشد یا نه، و نیز روایات اتجّار به مال الیتیم که فضولی تجارت می‌کرد و با اجازهٔ ولی سود مال یتیم می‌شد ولی نداشت

که در زمان اجازۀ ولیّ، طرف اصیل اهلیّتش باقی است یا نه»

یکی دیگر از شواهد صریح برخی از همان اخبار بود(منظور روایت ابن اشیم در مورد عبد مأذون است که بعداً ورثۀ دافع و مولای عبد مأذون و مولای پدر عبد اختلاف داشتند، و اصلاً مورد موردی بود که دافع مرده بود و از اهلیّت تملّک خارج شده بود.)

یکی دیگر از شواهد فحوای روایت تزویج صغیرین است که قبلاً ذکر شد، این روایت هم ردّ بر اعتراض صاحب جواهر بر ثمرۀ دوّمِ کاشف الغطاء است و هم شاهدی بر مدّعای ما یعنی عدم استمرار: صاحب جواهر نظیر اعتراض مذکور را بر ثمرۀ ثانی هم کرده که ظاهر ادلّۀ صحت بیع فضولی، استمرار قابلیّت مال است و... ما به حکم این روایت می‌گوییم: خیر بقاء قابلیّت منقول بر مالیّت تا زمان اجازه لازم نیست، زیرا در مورد حدیث پسر که صغیر بود وقتی بالغ شد و اجازه کرد بعدش مُرد و از قابلیّت افتاد، معذلک اگر زوجه بعد از بلوغ اجازه می‌کرد حکم به صحّت نکاح و ترتیب آثار می‌کردیم، آنگاه زوجین در باب نکاح مانند عوضین در باب بیع است، پس به حکم این حدیث می‌گوییم: در عوضین هم بقاء بر مالیّت تا زمان اجازه لازم نیست. این ردّ اعتراض جواهر بر ثمرۀ ثانیه بود، و اماً فحوای این خبر به عنوان شاهدی بر عدم لزوم استمرار قابلیّت مالک بر مالکیّت: عوضین رکن بیع هستند ولی متبایعین رکن نیستند، و اگر در رکن استمرار قابلیّت لازم نباشد، پس در غیر رکن به طریقِ اولی لازم نیست.

یکی دیگر از شواهد روایت عروۀ بارقی است که پیامبر اکرمﷺ در مقام اجازه کردن بیع عروه ترک استفصال کرد یعنی نپرسید که: حالا آن گوسفند زنده است یا مرده؟ آیا ذبح کرده و گوشت آن را خورده‌اند یا خیر؟ از این ترک استفصال می‌فهمیم که: فرقی ندارد، چه عین منقول باقی بر قابلیّت و مالیّت باشد و چه باقی نباشد معاملۀ فضولی صحیح است.

نتیجه: هیچ دلیلی بر لزوم استمرار قابلیّت تملّک وجود ندارد، پس دو مورد مذکور در کلام کاشف الغطاء هم مشمول ادلّۀ بیع فضولی است و از این حیث اشکالی ندارند. و نظیر اعتراض و جواب مزبور در مورد ثمرۀ ششم هم مطرح است و اعاده لازم نیست.

قوله: نعم:

آری ما نیز همصدا با صاحب جواهر ثمرۀ سوّم و چهارم و پنجم را قبول نداریم و

می‌گوییم: اگر در هنگام عقد طرف اصیل قابلیّت نداشت (مثلاً کافر بود) و بعداً قابلیّت آمده این معامله از اصل منعقد نشده و باطل است و فرقی میان کشف و نقل نیست.

و نیز اگر در وقت عقد مال منقول قابلیّت نداشت (بدوِ صلاح نشده بود) و بعداً مالیّت پیدا کرده باز شرط صحّت را نداشته و از اوّل معامله منعقد نشده و ثمره‌ای در کار نیست.

و نیز اگر عقد مقرون به فقدان شرط بود معامله از اساس باطل است و نوبت به ثمرهٔ مزبور نمی‌رسد. و بالجمله میدان مناقشه و اشکال در ثمرات مزبور وسیع است ولی از این زاویه که صاحب جواهر اعتراض کرد و مسألهٔ استمرار قابلیّت را عنوان فرمود، ما قبول نداریم و خلاف آن یعنی عدم اشتراط استمرار نزد ما ارجح است.

قوله: و ربما یقال:

تا به حال نه ثمره از ثمرات قول به کشف و نقل را ذکر کردیم، سه ثمره مهم و مقبول بود که اوّل به آنها پرداختیم، و سپس شش ثمره از زبان کاشف الغطاء و دیگران آوردیم، اینک می‌گوییم: ثمرات دیگری هم ذکر شده که در این فراز به آنها اشاره می‌کنیم و آن شش ثمره است:

۱ـ ظهور ثمره در تعلّق خیار: اصیل از فضولی متاعی را به قیمتی خریداری کرد، پس از معامله و پیش از اجازهٔ مالک اصلی قیمت بازار تنزّل یافت و خیلی کاهش پیدا کرد بدرجه‌ای که موجب غبن مشتری شد، یا عیبی در مبیع حادث شد، و مشتری از این حوادث بی‌اطلاع بود تا زمانی که مالک اصلی اجازه کرد، اینجا اگر اجازه را کاشفه بدانیم نتیجه‌اش عدم ثبوت خیار غبن یا خیار عیب برای مشتری است، زیرا عیب در ملک خودش حادث شده، قیمت مال خودش کاهش یافته و دیگری در قبال آن مسئول نیست. ولی اگر اجازه را ناقله بدانیم و از حین اجازه می‌خواهد مالک شود، نتیجه‌اش ثبوت خیار غبن یا عیب برای مشتری است زیرا در هنگام نقل و انتقال و مالک شدن که زمان اجازه است متاع معیوب است یا از ارزش آن کاسته شده و مشتری مخیّر است.

۲ـ ظهور ثمره در حقّ الشفعة: مالک اصلی زمینی دارد، فضولی نصف مشاع آن را به شخصی فروخت پس از مدّتی خود مالک اصلی هم نصف مشاع زمین خود را به شخص دیگری فروخت، و پس از آن با خبر شد که فضولی هم چنان معامله‌ای انجام

داده و آن را هم اجازه کرد، در اینجا اگر اجازه را کاشفه بدانیم نتیجه آن است که در واقع از اوّل عقد و قبل از معاملهٔ خود مالک اصلی، مشتریِ اصیل مالکِ نصف مشاع شده بود و در واقع با مالک اصلی شریک بود، و بعداً شریک او یعنی مالک اصلی نصف دیگر را فروخته، و مشتریِ اصیل حقّ الشفعة دارد. ولی اگر اجازه ناقله باشد نتیجه آن است که الان که اجازه می‌آید و آن مشتری اصیل مالک می‌شود ولی پیش از آن خود مالک اصلی نصف مشاع را ملک دیگری کرده بود و آن دیگری با مالک شریک شده بود و همان فرد دیگر حقّ الشفعة دارد.

۳ـ ظهور ثمره در احتساب مبدء خیارات: برخی از خیارات نظیر خیار حیوان و خیار شرط مدّت دار هستند (خیار حیوان سه روز است، خیار شرط هم بر اساس تعیین طرفین و شرط آنها است.) حال فضولی حیوانی را به مشتری فروخت و مشتری سه روز خیار حیوان دارد، ولی مبدء سه روز از چه زمانی است؟ اگر اجازهٔ بعدیِ مالک را کاشفه بدانیم مبدء خیار حیوان از زمان عقد خواهد بود، و اگر ناقله بدانیم مبدئش از زمان اجازه تا سه روز خواهد بود، زیرا از حالا بر مشتری صاحب الحیوان صدق می‌کند، و صاحب الحیوان بالخیار ثلاثهٔ ایّام.

۴ـ ظهور ثمره در معرفت مجلس صرف و سلم: فضولی با دیگری بیع صرفی انجام داده که شرط صحّت آن تقابض فی المجلس است، یا بیع سلفی انجام داده که شرط صحّت آن قبض ثمن در مجلس است، و بعداً مالک اصلی اجازه داد، آیا مجلسی که معتبر است مجلس عقد است؟ یا مجلس اجازه؟ اگر اجازه کاشفه باشد مجلس عقد ملاک است ولی اگر ناقله باشد مجلس اجازه معتبر است و باید تقابض در این مجلس باشد.

۵ـ ظهور ثمره در نذر و قسم: پس از معاملهٔ فضولی و قبل از اجازه، مشتری نسبت به مبیع نذر کرد یا قسم خورد که در راه خیر انفاق کند و بعداً اجازه آمد، اگر کاشفه باشد نذر و قسم نسبت به مال خود مشتری است و منعقد می‌شود و باید به نذرش وفا کند، و اگر ناقله باشد نذر منعقد نمی‌شود زیرا هنوز ملک او نشده است. و یا مشتری نسبت به ثمن و مالی که از ملک خود منتقل کرده چنین قسم یا نذری منعقد کرد، اگر اجازه کاشفه باشد نذرش باطل است چون مال دیگری را نذر کرده، و اگر ناقله باشد صحیح است، و

هکذا در جانب مالک اصلی نسبت به ثمن یا مثمن قبل از اجازه...

۶ـ ظهور ثمره در بیوع متعدّد: اگر مشتریِ اصیل متاعی را که از فضولی خریده بود به دوّمی و دوّمی به سوّمی و سوّمی به چهارمی و... فروخته بودند و بعداً مالک اصلی آن معاملهٔ اوّلی را امضا کرد، در اینجا اگر اجازه کاشفه باشد تمام معاملات صحیح است چون کاشف به عمل آمد که مشتری ملک واقعیِ خود را فروخته است و دوّمی هم هکذا و... ولی اگر ناقله باشد این مورد در مسألهٔ آینده داخل می‌شود که: «من باع شیئاً ثم ملکه» یعنی مشتری چیزی را فروخته سپس مالک شده و احکام آن مسأله را دارد که آیا از ریشه باطل است یا صحیح است؟ و بر فرض صحت آیا همین که مالک شد کافی است یا اجازه هم لازم دارد؟

تنبیهات اجازه

در پایان مبحث اجازه هفت امر را به عنوان تنبیهات این مسأله عنوان می‌کنند:

تنبیه اوّل:

تنبیه اوّل از تنبیهات باب اجازه درباره این مطلب است که: نزاع معروف در باب اجازه که تا به حال مطرح بود (کاشفیّت و ناقلیّت) آیا یک بحث لغوی است و اختلاف در معنا و مفهوم اجازه است؟ یا یک بحث شرعی و مربوط به حکم شارع و مفاد ادلّهٔ صحّت بیع فضولی است؟

(تصویر لغوی بودن نزاع به یکی از دو نحو است:

۱ـ نزاع در موضوع له کلمهٔ اجازه باشد که آیا وضع شده برای معنایی که مقیّد به کاشفیّت است؟ یا وضع شده برای مفهومی که مقیّد به ناقلیّت است؟ آیا کشف در مفهوم اجازه دخیل است؟ یا نقل؟ ۲ـ نزاع در منصرف الیه اجازه باشد یعنی اجازه برای قدر جامع میان کشف و نقل وضع شده است ولی عند الاطلاق آیا به خصوص کشف انصراف پیدا می‌کند؟ یا به نقل منصرف می‌شود؟)

مرحوم شیخ می‌فرماید: بی‌شک نزاع مزبور در اصل معنای لغوی و وضعیِ کلمهٔ اجازه نیست، چه اینکه در منصرف الیه آن نیز نمی‌باشد. (زیرا مفهوم اجازه واضح است

یعنی رضایت به مفاد عقد و امضاء معامله و داخل این معنی کشف یا نقل نهفته نیست.)
پس نزاع در حکم شرعیِ اجازه است یعنی بحث در این است که از ادلّه چه چیز استفاده می‌شود؟ دو دسته ادلّه در اینجا مطرح است:

الف: عمومات که خود دو بخش می‌باشند:

۱ـ عمومات صحّت و لزوم معامله که فضولی را هم شامل می‌شوند.

۲ـ عمومات اشتراط طیب نفس مالک که تا نباشد تصرّف در مال او جایز نیست.

جمع ایندو ایجاب می‌کند که در معامله باید طیب نفس هم باشد و لازم نیست که مقارنِ عقد باشد بلکه متأخر هم بود صحیح است و در بیع فضولی طیب نفس مالک متأخر است. ولی آیا نتیجهٔ این دو دسته آن است که: طیب نفس صرفاً کاشف است و علّت تامّهٔ ملک، خود عقد است؟ یا طیب نفس به عنوان شرط یا شطر دخالت دارد؟ مشهور از عمومات کشف را استفاده کردند ولی شیخ اعظم نقل را نتیجه گرفتند.

ب: ادلّهٔ خاصّه: نظیر صحیحهٔ محمد بن قیس، صحیحهٔ ابو عبیده در مورد تزویج صغیرین و... که مرحوم شیخ از ادلّه خاصه کشف حقیقی را استفاده کردند، پس بحث در حکم شرعیِ مسأله است و حق قول به کشف است.

قوله: فلو قصد:

گویا کسی می‌پرسد: ثمره اینکه بحث مزبور یک بحث لغوی می‌باشد یا شرعی، چیست؟ در جواب فرمایند: اگر فقیهی کشف را اختیار کرد و گفت: اجازه کاشفه است، ولی مالک مجیز معامله را از اوّل امضا نکرد بلکه از زمان اجازه امضا کرد و قصدش این بود که از حالا به بعد نقل و انتقال صورت بگیرد نه از اوّل، در اینجا اگر کاشفیّت اجازه وضعی و لغوی باشد، تصرّف در آن و ارادهٔ خلاف ظاهر و اقامهٔ قرینه بر این مراد روا است و در نتیجه قصد مجیز مقدم است ولی اگر کاشفیّتِ آن شرعی و مفاد ادلّه باشد قصد مجیز با مفاد ادلّه منافی است و لذا در حکم به صحّت دو وجه وجود دارد: (۱ـ باطل است چون مٰا اُجیزَ لم یقع و ما وقع لم یُجز ۲ـ صحیح است و به قصد مجیز اعتنا نمی‌شود.)

و نیز اگر فقیهی نقل را اختیار کرد و اجازه را ناقله دانست ولی مالکِ مجیز قصدش امضای عقد از زمان عقد بود باز اگر ناقلیّت مربوط به معنای اجازه باشد قابل دخل و

تصرّف است و قصد مُجیز قرینه بر خلاف آن می‌شود و طبق قصد او حکم به صحت می‌شود (مثل اسد که به معنای حیوان مفترس است ولی با آمدن قرینه از آن معنی عدول می‌کند.) ولی اگر مربوط به شارع و مفاد دلیل باشد، ما قصده المجیز با ما اَمْضاهُ الشارع و افاده الدلیل فرق دارد و همان دو وجه در اینجا نیز جاری است.

تنبیه دوّم:

تنبیه دوّم از تنبیهات اجازه راجع به مراتب گوناگون اجازه است و اینکه اجازه به وسیلهٔ چه عوامل و اسبابی محقّق می‌شود؟ در مجموع پنج امر را ذکر می‌کنند:

۱ـ به وسیلهٔ لفظی که نصّ و صریح در اجازه باشد محقّق می‌شود، مثل اَجَزْتُ البیع.

۲ـ به وسیله لفظی که نصّ خالص نیست ولی صَریح عرفی است یعنی ظهور و دلالت روشنِ عرفی دارد، محقّق می‌شود مثل الفاظ: امضیتُ، انفذتُ، رضیتُ و...

۳ـ از روایت عروهٔ بارقی استفاده می‌شود که حتّی با الفاظ کنایی هم (ذکر لازم و ارادهٔ ملزوم) واقع می‌شود زیرا در مورد حدیث پیامبر صلی الله علیه و آله نفرمود: اجزتُ و امضیتُ و... بلکه فرمود: بارک اللّه فی صفقة یمینک، یعنی خداوند به معاملهٔ تو برکت دهد، که کنایه از رضایت حضرت به این معامله است.

شیخ اعظم می‌فرماید: بعید نیست که کنایه اگر از چیزهایی باشد که عرف بر آن اتّکال و اعتماد می‌کنند، کفایت بکند و لفظ صریح لازم نباشد (و تعبیر مذکور مورد اتّکال عرف است و در معاطات فراوان می‌گویند: خدا برکت دهد، خیرش را ببینی، به خوبی و خوشی از آن استفاده کنی و... که کنایه از رضایت است.)

۴ـ اگر به زبان نیاورد و اجازهٔ قولی نیاید ولی مالک اصلی پس از اطّلاع از معاملهٔ فضولی کاری بکند که کاشف از رضایت است، همین رضایت فِعلی هم کفایت می‌کند، فی المثل فضولی متاع او را فروخته و او وقتی فهمید چیزی نگفت ولی در ثمن متاعش تصرّف کرد، این تصّرف علامت رضای او به بیع است. یا فضولی متاع کسی را فروخت و دوباره با ثمن آنهم معاملهٔ دیگری انجام داد، و مالک اصلی این معاملهٔ دوّم را امضا کرد که به معنای امضای اوّلی هم هست. و یا مثلاً زوجه‌ای که فضولی او را به عقد مردی در آورده بود وقتی باخبر شد عملاً در برابر آن زوج تمکین کرد و تسلیم شد، این تمکین عملی کاشف از رضای زن به نکاح است.

قوله: و ربّما یحکی:

به عقیدهٔ ما در باب اجازه وجود قول به نقل و لفظ لازم نیست، فعلِ کاشف هم کافی است، ولی به بعضی فقهاء نسبت داده شده که آنان قول و لفظ را در اجازه شرط می‌دانند، [1] برخی هم صریحاً گفته‌اند باید لفظ باشد بعضی هم ظهور کلامشان این است که: قول باشد و برای اینان استدلالی هم شده: اجازه مثل بیع است و همانطوری که در بیع استقرار ملک یعنی لزوم آن منوط به قول و بیع قولی بود هکذا در اجازه هم که می‌خواهد مفید ملک لازم شود و با اجازه ملک مستقر شود، قول و لفظ لازم است.

شیخ اعظم می‌فرماید: این استدلال شبیه مصادره به مطلوب است، زیرا اوّلاً اینکه اجازه مثل بیع باشد اوّل کلام و محلّ نزاع است و مسلّم نیست. و ثانیاً بر فرض اجازه مثل بیع باشد ولی اینکه در بیع استقرار ملک حتماً باید درگرو بیع قولی باشد و معاطات مفید لزوم نیست، اوّل کلام است و در باب معاطات از نظر قواعد ثابت کردیم که مفید لزوم است و تنها اجماع مانع بود. پس این استدلال درست نیست.

سپس در مقام توجیه بر آمده و می‌فرمایند: مگر مراد اینان مسألهٔ استقراء باشد یعنی ما رفتیم و موارد ناقلِ اختیاریِ (در قبال قهری کالارث) مفید لزوم (در مقابل نواقلی که مفید ملک جایز و متزلزل هستند.) را تتبع کردیم و هر جا سخن از لزوم بود قول مطرح بود، و اجازه هم می‌خواهد مفید نقل اختیاریِ لازم و مستقر باشد پس باید قولی باشد. مرحوم شیخ می‌فرماید: این بیان هم محلّ نظر است. (زیرا استقراء تام که حاصل نیست و ناقص هم که ارزشی ندارد.)

۵ـ قوله: بل لولا:

عبارت جماعتی از معاصرین بوی اجماع می‌دهد و گویا می‌خواهند بگویند: لزوم لفظ در باب اجازه اجماعی است. حال اگر این شبهه نباشد ما جزماً می‌گوییم: در باب اجازه نه تنها انشاء لفظی لازم نیست، بلکه انشاء فعلی هم لازم نیست و مجرّد رضایت باطنی و قلبیِ مالک کفایت می‌کند، یعنی به مجرّد احراز رضایت مالک (از هر راهی که احراز شود) حکم به صحّت و لزومِ بیع فضولی می‌کنیم، و از فتاوای فراوانی و نیز بسیاری از

---

۱. التنقیح، ج ۲، ص ۲۷

نصوص همین امر مستفاد است و ذیلاً شواهد فراوانی از فتاوی و نصوص می‌آوریم:

۱ـ در اینکه آیا سکوت مالک اصلی کافی است و اجازه محسوب می‌شود یا نه؟ جماعتی گفته‌اند: سکوت کافی نیست، به این دلیل که سکوت اعمّ از رضا است.

کیفیت استشهاد: در مقابل تعلیل نفرمودند: چون لفظ نیست کفایت نمی‌کند، بلکه فرمودند: چون سکوت اعمّ است و دالّ بر رضا نیست کافی نیست، پس ملاک رضایت مالک است و اینکه به نحوی رضای او برای ما معلوم شود.

۲ـ شخصی ادّعای وکالت از کسی کرده و می‌گوید: این متاع را به وکالت از سوی فلانی خریده‌ام و آن موکّل این اذن در وکالت را انکار می‌کند و قسم می‌خورد، در این مسأله جماعتی از فقهاء فرموده‌اند: به دنبال قسم معامله خود به خود منفسخ می‌گردد، به دلیل اینکه قسم دلیل بر کراهت آن موکّل نسبت به این معامله است. ملاحظه می‌فرمایید که باز هم ملاک بطلان را کراهت عنوان کرده‌اند و به قرینهٔ مقابله ملاک صحت و لزوم رضایت باطنی است.

۳ـ در این مسأله که دختر باکره‌ای را فضولی به عقد کسی در آورده، فقهاء فرموده‌اند: سکوت دختر برای صحّت نکاح کافی است. حال منظور این نیست که: اینجا اجازه لازم نیست بلکه منظور این است که: در اینگونه موارد سکوت علامت رضایت است و به این مناط کفایت می‌کند، البته سکوت باکره موجب یقین به رضایتِ او نیست ولی ظهور در رضایت دارد و همین کافی است وگرنه کسب یقین به رضایت هم برای خود باکره حرجی است که حیا و شرم می‌کند، و هم برای ما حرجی است که بخواهیم اصرار بر اجازهٔ زبانیِ او داشته باشیم.

۴ـ کلّیهٔ کسانی که در باب اجازه گفته‌اند: قول لازم نیست و فعلی هم که کاشف از رضایت مالک باشد کافی است (مثل تمکین زن، تصرّف مالک در ثمن و...) منظورشان این نیست که این فعل موضوعیّت دارد و تعبّداً باید باشد بلکه منظورشان این است که چون این فعل کاشف از رضا است کافی می‌باشد، یعنی باز هم مناط احراز رضایت است.

۵ـ در باب شخص مکره بسیاری از فقهاء فرموده‌اند: اگر پس از رفع اکراه، مکره از کاری که کرده راضی شد معامله‌اش صحیح است. ملاحظه می‌کنید که تعبیر به رضایت

کرده‌اند که ظهور در طیب نفس دارد و تعبیر به اجازه نکرده‌اند تا ظهور در اجازهٔ قولی داشته باشد.

۶ـ روایتی داریم مبنی بر اینکه: اگر زنی در حال مستی خود را به عقد مردی درآورده است و بعد از اینکه حالت سُکر او بر طرف شد و افاقه پیدا کرد در خانهٔ آن مرد ماند و با او زندگی کرد، روایت می‌گوید: خود این ماندن (بدون قول یا فعل تمکین) رضایت او را می‌رساند و همین کافی است. باز مناط رضای باطنی است. (متن روایت: عن ابن بزیع قال: مسألت ابا الحسن علیه السلام عن امرأة ابتلیت بشرت النبید فسکرت فزوجت نفسها رجلاً فی سکرها ثم افاقت فانکرت ذلک، ثم ظنّت انه یلزمها ففزعت منه فاقامت مع الرجل علی ذلک التزویج احلال هولها ام التزویج فاسد، لمکان السکر، و لا سبیل للزوج علیها؟ فقال: اذا اقامت معه بعدان افاقت فهو رضاً منه، قلت: و یجوز ذلک التزویج علیها؟ فقال: نعم.[1])

(نکته: در مورد حدیث، سخن از تزویج خود زن مست است که خودش عقد خوانده و می‌دانیم که عبارت آدم سکران مثل آدم مجنون ارزشی ندارد و وی از اوّل مسلوب العباره است پس چگونه با رضای بعدی صحیح می‌شود؟ دو توجیه ذکر شده: ۱ـ خودش عقد نخوانده و شخص دیگر فضولتاً او را در حال مستی‌اش به عقد مردی در آورده است... ۲ـ خودش عقد خوانده ولی قبل از آنکه کاملاً مست شود و عقل از سرش زائل شود بلکه هنوز مراحل اوّلیهٔ مستی بوده و مثل سفیه بوده و مسلوب العباره نبوده)

۷ـ مشهور در مقابل استدلال بر کاشفیّت اجازه چنین گفتند: عقد فضولی جامع جمیع شروط است و تنها یک شرط را ندارد و آن رضایت مالک است. آن شرط هم که حاصل شد سبب تام که خود عقد باشد تأثیر خود را گذاشته واز اوّل ملکیت و نقل و انتقال می‌آید. ملاحظه می‌فرمایید که: باز سخن از رضای مالک است و تعبیر به رضایت شده نه اجازه. و بالجمله: با این همه شواهد باز هم ادّعای اجماع کردن بر لزوم لفظ در باب اجازه ادّعای گزافی است و آسانتر از اثبات آن خرط قتاد (کندن خارهای درخت خار دار با دست باز) است.

۸ـ عمومات صحت و لزوم بیع، بیع فضولی را هم شامل می‌شود و تنها مخصِّص

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۲۱ باب ۱۴ حدیث اوّل.

این عمومات ادلّهٔ طیبت نفس است که می‌گوید: باید مالک اصلی هم راضی باشد و بیش از رضایت و طیب نفس دلیلی ندارد که حتماً اجازهٔ قولی یا فعلی در بین باشد.

۹ـ در روایاتی چنین آمده: اگر عبدی بدون اذن مولایش ازدواج کرد و وقتی مولی از این تزویج مطّلع شد در برابر آن سکوت کرد همین سکوت اقراری از مولی به نفع عبد بر امر نکاح است. و لازم نیست قول یا فعلی باشد. ملاحظه می‌کنید که چون این سکوت اقرار و رضایت محسوب می‌شود کفایت می‌کند.[۱]

۱۰ـ روایاتی که می‌گوید: اگر عبدی بدون اذن مولی ازدواج کرد و مولی وقتی خبردار شد به عبدش گفت: او را طلاق بده، همین کلام اقرار به نکاح و رضایت به آن است و بدلالت اقتضا بر امضای نکاح دلالت دارد. و مناط رضایت است.[۲]

۱۱ـ روایاتی که می‌گوید: تنها مانع از لزوم نکاح عبد بدون اذن مولی، مسألهٔ معصیت مولی است که آنهم با رضایت مولی مرتفع می‌شود. پس مناط رضایت است.

۱۲ـ روایاتی که می‌گوید: اگر ذی الخیار در مدّت خیار در مال دیگری تصرف کند این به معنای رضایت او به اصل معامله است و رضایت که آمد حق الخیار او ساقط می‌شود.[۳]

قوله: بقی فی المقام:

تا اینجا با شواهد گوناگون ثابت کردیم که: در باب اجازه در بیع فضولی نه قول معتبر است و نه فعل بلکه مجرّد احراز رضایتِ باطنیِ مالک کفایت می‌کند، ولی در اینجا مشکله‌ای مطرح است و آن اینکه: در معاملهٔ فضولی، مالک اصلی در حال معامله در واقع سه صورت دارد:

۱ـ در واقع راضی به معامله است و طرفین معامله علم به رضایت او دارند یا بعداً خودش ابراز کرد که از اوّل راضی بوده

۲ـ در واقع کاره بوده و نسبت به این معامله کراهت باطنی داشته، طرفین می‌دانستند یا بعداً فهمیدند.

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۳ باب ۲۴ حدیث ۱ و۲.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۵ باب ۲۶ حدیث اوّل و... .
۳. وسائل السیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۱ باب ۴ حدیث اوّل و... .

۳ـ در واقع اصلاً از معامله خبر نداشته و قلباً هم نسبت به بیع فلان متاع تصمیمی نداشته پس نه رضایت بوده و نه کراهت آری بعداً که فهمید رضایت یا کراهت پیدا کرد.

حال آنچه تا به حال بیان شد مربوط به صورت سوّم بود و گفتیم: ملاک رضایت باطنی است و چیز دیگر لازم نیست. ولی اشکال مربوط به دو فرض دیگر است:

امّا نسبت به صورت اوّل: اگر رضایت لاحق و بعد از معامله کفایت می‌کند و مفید لزوم معاملهٔ فضولی است پس باید به طریق اولی رضایت مقارن یا سابق کافی باشد و از اوّل موجب لزوم باشد و اصلاً معامله فضولی نباشد و نیازی هم به اجازهٔ لاحق نباشد، زیرا وقتی وجود لاحِقِ رضایت مفید و مؤثر در لزوم است پس وجود سابق و مقارن اولی است که مفید و مؤثر باشد. در حالی که مشهور به این لازم ملتزم نیستند، و صرف رضای مقارن و سابق و علم به آن را کافی نمی‌دانند و می‌گویند: باید بعد از معامله هم آن را امضا و اجازه کند پس رضای لاحق به طریق اولی کافی نیست و باید اجازهٔ قولی یا فعلی بیاید. (این اشکال بر مبنای مشهور وارد است که با علم به رضایت باطنیِ مالک هم می‌گفتند: معامله از فضولی بودن خارج نمی‌شود، ولی بر مسلک شیخ اعظم که چنین معامله‌ای را موضوعاً از فضولی خارج می‌دانست جای این اشکال نیست.)

و امّا نسبت به فرض دوّم: اگر مجرّد رضای باطنی مفید لزوم باشد، به قرینهٔ مقابله باید مجرّد کراهت باطنی هم موجب فسخ و بطلان باشد و در نتیجه مثل مسألهٔ دوّم از مسائل بیع فضولی که همراه با نهی مالک بود باید معامله از اساس باطل باشد چون وقتی قبل از معامله نهی می‌کند، این نهی کاشف از کراهتِ باطنی است و معمولاً کسی که در حین عقد کاره است آنی و آناتی پس از عقد هم کاره است پس کراهت باطنی باید مبطل باشد، و بلکه در مثل بیع مکره که از اوّل مکره بوده و بعد از رفع اکراه راضی می‌شود حکم به بطلان شود. در حالی که مشهور به این لازم ملتزم نیستند. و در مسألهٔ ثانیه حکم به صحت کرده‌اند و با اجازهٔ مالک مفید لزوم دانسته‌اند، در بیع مکرهٔ نیز با لحوق رضایت بعدی حکم به صحت کرده‌اند، پس معلوم می‌شود کراهت باطنی قادح نیست، پس به قرینهٔ مقابله رضای باطنی هم نباید مفید و مؤثر باشد. (مگر از این اشکال هم جواب دهیم که فسخ و اجازه با هم فرق دارند، در باب فسخ مجرّد کراهت باطنی کافی نیست چون دلیل ندارد ولی در باب اجازهٔ مجرّد رضای باطنی و طیب نفس کافی است چون دلیل دارد.)

نتیجه: اگر اشکال مزبور وارد باشد باید گفت: مجرّد رضای باطنی کافی نیست و حتماً انشاء رضایت شود که آنهم یا به قول است یا به فعل.

تنبیه سوّم:

تنبیه سوّم از تنبیهات اجازه آن است که: یکی از شروط تأثیر گذاریِ اجازه در صحّت و لزومِ معاملهٔ فضولی آن است که: اجازه مسبوق به ردّ نباشد یعنی چنین نباشد که اوّل که مطلع شد معامله را ردّ کند و سپس اجازه نماید، اگر مسبوق به ردّ بود اثر ندارد، زیرا با فسخ معامله و ردّ آن، معامله خود به خود منفسخ شد و چیزی نمی‌ماند که اجازه به آن ملحق شود و مفید و مؤثر باشد.

قوله: و الدلیل:

در اینجا سه دلیل می‌آورند مبنی بر اینکه: اجازهٔ مسبوق به ردّ اثر ندارد و باید مسبوق به ردّ نباشد:

۱ـ ادّعای اجماع: بعضی کلمات ظهور در اجماع دارند و برخی تصریح به اجماع دارند.

۲ـ اجازهٔ مالک باعث می‌شود که مالک اصلی یکی از دو طرف عقد و معامله محسوب شود وگرنه عموم اوفوا بالعقود او را شامل نمی‌شود و وی مکلّف به وجوب وفاء نمی‌گردد، زیرا این عموم مخصوص عاقدها است یعنی ای کسانی که عاقد یا به منزلهٔ عاقد هستید بر شما واجب است که به عقدتان وفا کنید «صغری»

و در جای خود بیان شده که میان دو طرف عقد (ایجاب و قبول) نباید چیزی که مخلّ و مبطل است و معاهده را به هم می‌زند و عقد را از تأثیر می‌اندازد فاصله شود (مثلاً موجب قبل از قبول قابل از ایجاب بر نگردد و آن را ابطال نکند) وگرنه عقدی نخواهد بود تا وفا واجب باشد «کبری» نتیجه آن است که میان عقد فضولی و اجازهٔ مالک اصلی نباید فسخ فاصله شود، و خلاصه اینکه اجازه نباید مسبوق به ردّ باشد.

۳ـ عموم حدیث سلطنت: این عموم می‌گوید: مردم بر اموال خویش سلطنت دارند، پس به حکم این عموم مالک اصلی حق دارد علاقه و ارتباط غیر (مشتری اصیل) را از مال خویش قطع کند و اگر فسخ کرد آن علاقه منقطع می‌شود آنگاه چیزی نمی‌ماند که با اجازهٔ بعدی صحیح و لازم شود.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه: حدیث سلطنت مثل شمشیر دو دم است که یک ضربه به خصم می‌زند و به همان نسبت دست خود انسان را می‌برد، یعنی اگر به حکم این عموم بگوییم: مالک اصلی حق دارد علاقه را قطع کند، پس به حکم همین عموم باید گفت: وی حق دارد اجازه کرده و علاقه را ایجاد کند، پس باید امضا و اجازه پس از ردّ هم مقبول باشد وگرنه سلطنت مالک محدود شده و یا اشاره باشد به اینکه: الناس مسلّطون علی اموالهم نه اینکه مسلّط بر احکام اموال هم باشند.

قوله: نعم:

گرچه ما به سه دلیل ثابت کردیم که اجازه نباید مسبوق به ردّ باشد وگرنه تأثیری ندارد، ولی این تبصره را هم می‌زنیم که: از روایت صحیحهٔ محمد بن قیس در مورد «ولیدة الاب» استفاده می‌شود که اجازهٔ مسبوق به ردّ هم موجب لزوم است (چون مولای جاریه که از سفر آمد اوّل جاریه را از مشتری گرفت و برد که ظاهرش ردّ بیع است ولی بعد که فرزند مولی را گروگان گرفتند و... مجبور شد امضا کند. پس اجازه مسبوق به ردّ است.)

قوله: اللّهم:

مگر از این حدیث هم جواب دهیم که ردّ فعلی (چون در مورد حدیث ردّ قولی نیست و نگفت: «رددتُ» بلکه عملاً جاریه را گرفت و برد.) کفایت نمی‌کند و باید انشاء فسخ کند که نکرده، پس در مورد حدیث هم اجازه مسبوق به ردّ نیست.

قوله: و دعوی:

اگر کسی بگوید: ما شنیده‌ایم که فسخ معاملات لازم گاهی به قول است و گاهی به فعل و اگر در معاملات لازم فسخ قولی مؤثر است پس در ما نحن فیه و بیع فضولی باید به طریق اولی فسخ فعلی مفید باشد.

قوله: یدفعها:

در جواب می‌گوییم: آری فسخ فعلی دادیم ولی نه هر فعلی، بلکه خصوص افعالی که از لوازم و آثار ملک باشد، مثلاً جاریه‌ای را فروخته و بعد با او وطی کند یا آزادش کند یا به دیگری بفروشد که این کارها لازمهٔ ملک است چون «لا وطی الاّ فی ملکٍ»، «لا عتق الاّ فی ملکٍ»، «لا بیع الاّ فی ملکٍ و...» و این افعال به معنای فسخ معامله است ولی اخذ جاریه از این کارها نیست.

قوله: و بالجمله:

قاعدهٔ کلّی آن است که در کلیّهٔ التزامات و معاهدات اجازه و امضائی که به دنبال فسخ باشد ارزشی ندارد، آنگاه اگر روایت صحیحهٔ محمد بن قیس ظهور در خلاف این قاعده داشت و دلالت می‌کرد که اجازهٔ مسبوق به ردّ هم ارزش دارد یا باید طرح شود و یا تأویل و توجیه شود. (به این که اخذ جاریه به عنوان ردّ نبوده بلکه برای این بود که جاریه را حبس کند تا ثمن آن را دریافت کند و یا در مورد خصوص این واقعه امام علی علیه السلام می‌دانست که مولای ولیده قبلاً اذن داده بوده و الان انکار می‌کند و لذا تدبیری اندیشید که حقّ به صاحب حق برسد...) پس به عقیدهٔ مرحوم شیخ: شرط تأثیر اجازه آن است که مسبوق به ردّ نباشد.

تنبیه چهارم:

تنبیه چهارم از تنبیهات مسألهٔ اجازه در بارهٔاین است که: آیا اجازه حکمی از احکام شرعیّه است؟ یا حقّی از حقوق مالکیّه؟ (در مورد ضابطهٔ حکم شرعی و حقّ سخن بسیار است و مآلاً یک ضابطهٔ مشخّصی عرضه نشده است، و تا حدودی در آغاز کتاب البیع در این زمینه بحث کردیم، و در اوّلِ باب خیارات هم تا اندازه‌ای بحث خواهیم کرد، و فعلاً به دو مشخِّصه از ممَیّزات حکم و حق اشاره می‌کنیم: ۱ـ حکم شرعی تابع موضوع خویش است و تا موضوع باشد حکم نیز هست و همین که موضوع منتفی شد حکم هم منتفی می‌شود چون موضوع ندارد. و قابل نقل و انتقال هم نیست، ولی حقّ قابل نقل و انتقال است و لذا حق الخیار و حقّ الشفعه و مانند آن به ارث به ورثه منتقل می‌شود. ۲ـ حقّ آن است که زمام امرش در دست صاحب حق باشد و اگر خواست آن را اعمال کرده از آن به نفع خویش بهره برداری نماید و اگر خواست آنرا اسقاط می‌کند ولی حکم شرعی زمام امرش در دست شارع است و ربطی به مکلّف ندارد و چنین نیست که اگر مکلّف آن را اسقاط کرد ساقط شود، فی المثل جواز تصرّف در مال حکمی است که شرع و عرف و عقل برای مالک قائل است و هر انسانی بر اموال خویش سلطنت داشته و می‌تواند در آن تصرّف کند و چنین نیست که با اسقاط جواز تصرّف، جواز از بین برود، آری با بیع و هبه و وقف و عتق و سایر نواقل می‌تواند مال را از ملک خویش خارج ساخته و تصرّف در آن را بر خود حرام کند ولی تا ملک او است جواز تصرّف هم دارد.)

مرحوم شیخ می‌فرماید: اجازه حکمی از احکام شرعیه و اثری از آثار سلطنت مالک نسبت به مال خودش می‌باشد و تمام موضوع آن شخص مالک به عنوان مالک بودن است (و یا وکیل و ولّی که به منزلهٔ مالک می‌باشند.) و تنها مالک است که شرعاً می‌تواند معاملهٔ فضولی را امضا کند، و به قول عربها: له ان یُجیز، امّا این به معنای له اَنْ یفسخ العقد و له اَنْ یسقط خیاره نیست بلکه از قبیل له اَنْ یبیع است (بلکه خود او است منتهی گاهی مباشری است گاهی تسبیبی) و مرجع لَهُ ان یجیز و له ان یبیع و له ان یهب و یعتق و... به این است که: له ان یتصرّف ای یجوز له التصرّف، و دلیل تمام اینها عموم قاعدهٔ سلطنت و حدیث الناس مسلّطون علی اموالهم می‌باشد و صد بار مالک اصلی بگوید: من اجازه‌ام را اسقاط می‌کنم، جواز بیع را اسقاط می‌کنم، جواز تصرّف را اسقاط می‌کنم ولی هرگز ساقط نمی‌شود. پس جواز اجازه حکم شرعی است نه حقّ مالکی.

قوله: فلومات:

متفرع بر اینکه اجازهٔ حکم است: اگر فضولی متاع کسی را فروخت و مالک اصلی پیش از اجازه از دنیا رفت خود اجازه به ورثه منتقل نمی‌شود و قابل ارث بردن نیست (در حالی که حقّ قابل ارث بردن است.) بلکه ورثه خود عین مال فروخته شده را به ارث می‌برند و سپس مالک می‌شوند و بعد به عنوان اینکه مالک هستند می‌توانند اجازه کنند (اجازه‌ای که حکم مالک اصلی بود با مرگ او از بین رفت و اجازه‌ای که حکم و ارث است حکم جدیدی است که با تحقّق عنوان مالکیّت برای آنها درست می‌شود.) تنها اشکالی که می‌تواند کسی بکند آن است که: فرع مزبور مستلزم آن است که مجیز غیر از مالک در حال عقد باشد (مجیز وارث است ولی مالک در حال عقد مورِّث بود.) اینهم محذوری ندارد و در آینده در مسألهٔ مِنْ باع مال ابیه فبان میّتاً (فرزندی اموال پدرش را می‌فروشد بعد معلوم می‌شود که پدر مرده بود، یا در حال عقد و فرزند در واقع مال خود را فروخته، یا بعد از عقد مرده که الان خود باید اجازه دهد.) خواهد آمد.

قوله: و الفرق:

گویا کسی می‌پرسد: ثمرهٔ عملی این مطلب کجا ظاهر می‌شود؟ چه فرق است بین اینکه بگوییم: وارث خود عین را به ارث می‌برد و بعد که مالک شد می‌تواند اجازه کند (اجازه را غیر مستقیم ارث برده) و یا مستقیماً خود اجازه را ارث ببرد و اجازه حقّ باشد؟

می‌فرماید: فرق ایندو با تأمّل ظاهر می‌شود.«در حواشیِ مکاسب دو نمونه برای بیان ثمره و فرق آوردند:

۱ـ می‌دانیم که در اسلام زوجه از اموال غیر منقول ارث نمی‌برد. حال فضولی باغ یا زمین کسی را فروخته و مالک اصلی پیش از اجازه از دنیا رفت، در اینجا اگر بگوییم: خود زمین به ورثه منتقل می‌شود و بعد که مالک شدند می‌توانند معاملهٔ مزبور را امضا کنند، زوجه از این بخش سهمی ندارد و ارث نمی‌برد و اجازهٔ او نقشی ندارد. ولی اگر اجازه را حقّ دانسته و قابل ارث بردن دانستیم زوجه نیز از این حقّ ارث می‌برد و در نتیجه اجازه یا ردّ او هم در صحت و بطلان معامله دخیل است و اگر اجازه کرد معامله صحیح و لازم می‌شود و سایر ورثه حق فسخ ندارند، ولو در نتیجه چیزی به خود زن عائد نمی‌شود، ولی حق دارد اجازه یا ردّ کند.

۲ـ فضولی مال کسی را فروخت و مالک اصلی قبل از اجازه مُرد، و ورثهٔ او جمعی هستند در اینجا اگر خود عین را ارث ببرند و وقتی مالک شدند بتوانند اجازه کنند، هرکس به اندازهٔ سهم خویش حق اجازه دارد نه بیشتر، قانون شرکت این است که اگر فضولی مالی را که میان چند نفر به طور مشاع مشترک است بفروشد، همهٔ شرکاء باید امضا کنند. ولی اگر خود اجازه را مستقیماً ارث ببرند، در باب خیارات خواهد آمد که سه مسلک وجود دارد و یکی از آنهااین است که: حق الخیار یا حقّ الاجازه و... یک حق بیشتر نیست و یک بار بیشتر قابل اعمال نیست، پس اگر یکی از ورثه اقدام کرد و جلوتر از دیگران معامله را امضا یا فسخ کرد، سایر ورثه مجبورند تسلیم شوند و برای آنها حقّی نمی‌ماند تا اعمال یا اسقاط شود. البته قول دیگر اینست که: هرکسی نسبت به سهم خویش حقّ اجازه و ردّ دارد، و قول سوّم‌این است که: مجموع من حیث المجموع دخالت دارد، یعنی همهٔ ورّاث باید اجازه کنند و اجازهٔ هر کدام علّت تامّه نیست بلکه جزء علّت است، و تفصیل این اقوال در جای خود خواهد آمد.»

تنبیه پنجم:

تنبیه پنجم از تنبیهات مسأله اجازه راجع به این است که: گاهی فضولی علاوه بر اینکه مال مردم را فروخته، قبض و اقباض هم انجام داده یعنی ثمن را از مشتری اصیل گرفته و مثمن را هم به قبض مشتری داده است. سؤال این است که: آیا اجازهٔ اصل بیع فضولی از

سوی مالک اصلی به معنای اجازه و امضای قبض و اقباض نیز می‌باشد؟ یا خیر؟ در جواب می‌فرمایند: خیر امضای اصل معامله به معنای امضای قبض و اقباض نیست زیرا نه عینیّت و دلالت مطابقه در کار است (بیع که عین قبض و اقباض نیست تا اجازه یکی عین اجازهٔ دیگری باشد) و نه استلزام و دلالت التزامی در کار است. (میان آندو لزوم بیّن و غیر بیّنی وجود ندارد، آری گاهی به دلالت اقتضاء امضاء یکی امضاء دیگری هم هست که در ادامه خواهد آمد.)

قوله: ولو اجازهما:

به طور کلّی مسأله چهار صورت دارد:

۱ـ مالک اصلی وقتی مطّلع شد هم قبض و اقباض را ردّ کرد و هم معامله را: این صورت حکمش روشن است که معامله باطل است و قابض یعنی مشتری ضامن است و اگر مبیع نزد او تلف شد باید از عهدهٔ خسارت برآید.

۲ـ مالک اصلی هر دو را صریحاً یا ضمناً اجازه کرد، هم اصل معامله را و هم قبض و اقباض فضولی را: در این فرض هم بلااشکال اجازهٔ مالک ماضی و نافذ مؤثر است امّا نسبت به اصل معامله که پر واضح است زیرا تا به حال مفصّلاً بحث شد که صحّت بیع فضولی منوط به اجازهٔ مالک است. و امّا نسبت به قبض و اقباض: اگر اصل معامله بدون قبض امضاء می‌شد، مشتری ضامنِ ثمن بود و می‌بایست آن را به مالک اصلی تسلیم کند. حال معنای امضاء قبض فضولی آن است که: مالک همین قبض را قبول دارد و گویا خودش گرفته یا با همین کلام فضولی را وکیل در قبض کرده و ثمن به دست وکیل او رسیده و از این پس ضمانِ تسلیم ثمن از عهدهٔ مشتری بر داشته می‌شود.

و نیز اگر معامله بدون اقباض مثمن امضاء می‌شد مالک اصلی ضامنِ مثمن بود و بایستی آن را به مشتری تسلیم می‌کرد، و معنای امضاء اقباض فضولی آن است که: مبیع با رضایت مالک اصلی در دست مشتری قرار گرفته و رسیدن از دو دست مالک اصلی به مشتری که موضوعیّت ندارد، مهمّ اصل ایصال و وصول مع التراضی است به هر شکلی که اتّفاق بیفتد و فضولی آلتِ ایصال بوده، آنگاه بدنبال اقباض کذائی تمام آثار و احکام شرعیِ قبض مبیع بر این مترتب می‌شود (از قبیل عدم جواز استرداد مبیع به منظور تسلّم و گرفتنِ ثمن، و از قبیل عدم ضمانت مالک اصلی اگر مبیع در دست مشتری تلف شود،

زیرا قانون این است که: کلّ مبیعٍ تلف قبل قبضه فهو من مال بایعه ولی بعد از قبض مال مشتری است و تلف از مال او است و ربطی به بایع ندارد.)

قوله: و لکن:

البته این که گفتیم: مالک اصلی می‌تواند قبض ثمن از سوی فضولی را اجازه کند، در فرضی است که معامله روی ثمن معیّن و عین خارجی انجام شده باشد و امّا اگر ثمن، کلّی و در ذمّهٔ مشتری بود و در خارج صد تومان را به عنوان وفای ذمّه و اداء آن و تفریغ ذمّه به فضولی داد، اجازهٔ مالک برای تصحیح چنین قبضی هم مؤثر باشد مشکل است، (زیرا ادلّهٔ صحّت معاملهٔ فضولی می‌گوید: معامله با اجازهٔ مالک صحیح است و در اینجا قبض که معامله نیست بلکه وفای به معامله‌ای است که قبلاً انجام شده و باید قبض صحیح باشد تا مُبریء ذمّه باشد و آن قبض مالک یا وکیل یا ولّی است نه قبض فضولی و لذا دلیلی بر مؤثر بودی اجازه در این و صحّت این قبض با اجازه نداریم و کار مشکل است.)

قوله: و عن المختلف:

این فراز شاهدی بر اصل مطلب تنبیه پنجم است: علاّمه در مختلف از قول شیخ طوسی فتوایی را آورده که اگر مالک اصلی بیع غاصب را (که فضولی است) امضاء کرد، حقّ ندارد ثمن را از مشتری مطالبه کند (بلکه از خود غاصب باید بگیرد) و این به معنای اینست که امضاء بیع امضاء قبض نیز هست[1] سپس خود علاّمه آن را ردّ کرده و فرموده: امضاء خود عقد مستلزم امضاء قبض نیست و میان آندو ملازمه‌ای وجود ندارد.[2] (پس حق مطالبه از خود مشتری دارد.)

۳ـ مالک اصلی اصل معامله را امضاء کرد ولی نسبت به قبض و اقباض سکوت کرد و نفیاً و اثباتاً چیزی نگفت: این فرض خودش دو شعبه دارد:

الف: امضاء معامله و عدم امضاء قبض و اقباض مستلزم لغو و عبث بودن امضاء اصل معامله نیست چنانکه نوعاً چنین است در اینجا اصل معامله صحیح و لازم می‌شود ولی قبض و اقباض مزبور اعتباری ندارد و جدیداً باید حاصل شود.

۱. النهایة، ص ۴۰۲.
۲. مختلف، ج ۵، ص ۵۷

ب: امضاء معامله بدون امضاء قبض و اقباض لغو و عبث است. مثلاً بیع صرف یا سلم از سوی فضولی انجام شده که قبض یا تقابض در مجلس شرط صحّت آن است، آنهم قبض در مجلس معامله (بر مسلک کشف) حال اگر مالک خود معامله را امضا کند، این به تنهایی اثر ندارد، چون قبض و اقباض شرط صحّت است که آن را امضاء نکرده و سکوت کرده، و لذا به حکم دلالت اقتضاء و به منظور خروج این اجازه از لغویّت می‌گوییم: امضاء عقد در این موارد امضاء قبض و اقباض هم هست.

۴ـ مالک اصلی خود معامله را امضاء کرد ولی قبض و اقباض را صریحاً ردّ کرد: این نیز دو شعبه دارد:

الف: امضاء اصل معامله لغو نیست چنانکه نوعاً چنین است. اینجا اصل معامله صحیح و لازم و قبض و اقباض باید جداگانه انجام بگیرد و احکام ضمانِ و وجوب تسلیم و... ثابت است.

ب: امضاء اصل معامله بدون امضاء اجازه لغو است مثل معاملهٔ صرف و سلم، در اینجا چون تفکیک ممکن نیست یا باید بگوییم امضاء معامله صحیح و مؤثر است و ردّ قبض و اقباض باطل و بی‌اثر است. و هر دو درست هستند و یا باید بگوییم: ردّ قبض و اقباض صحیح و مؤثر است و امضاء معامله بی‌اثر و هر دو باطل هستند.

(البته فرض پنجمی هم قابل تصویر است که: قبض و اقباض را امضاء کند ولی اصل معامله را امضاء نکند، که این از بحث خارج است و از باب امانت بودن و غیره می‌شود.)

تنبیه ششم:

آیا در اجازهٔ مالک اصلی فوریّت معتبر است و به مجرّد اطلاع یافتن از معاملهٔ مزبور باید در اسرع وقت و اوّلین فرصت ممکن آن را اجازه کند و حق ندارد تأخیر بیاندازد؟ یا تراخی هم جایز است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: فوریّت شرط صحّت نیست و با تأخیر هم اگر اجازه کرد معامله صحیح و لازم می‌شود، و دلیل جواز تأخیر عبارت است از:

الف: عمومات و اطلاقاتِ صحّت و لزوم معامله از قبیل تجارةً عن تراضٍ، احلّ اللّه البیع، اوفوا بالعقود و... هیچ کدام مقیّد به فوریّت نیست.

ب: صحیحهٔ محمد بن قیس هم در موردی بود که وقتی مولای ولیده از سفر آمد برای مدّتی با مشتری کشمکش داشتند و در پایان ناچار شد و بیع ولیده را امضاء کرد، که

قطعاً فوریّت نبوده و با تأخیر اجازه شده معذلک امامعليه السلام حکم به صحّت کرد و نفرمود: این اجازه بی اثر است.

ج: اطلاقاتی که در مسأله اوّل از مسائل فضولی به عنوان مؤیدات آوردیم، از قبیل: اخبار اتجّار به مال یتیم، روایات تجارت عامل مضارب و... که مقیّد به فوریّت اجازه نبود و اطلاق کاشف از عدم اشتراط فوریّت بود. پس تأخیر هم جایز است.

قوله: فلو لم يجز:

حالا اگر مالک اصلی مماطله کرد و برای مدّتی نه اجازه کرد و نه ردّ، به گونه‌ای که مشتری اصیل متضرّر شد (زیرا وی در این مدت نه حق دارد در منتقلٌ عنه تصرف کند و نه در منتقل الیه و دست او کاملاً بسته است، و این ضرر است. البته همهٔ اینها بر مبنای کاشفیت اجازه است، وگرنه بر مبنای نقل او می‌تواند در منتقل عنه تصرف کند و جلوی ضرر خویش را بگیرد.) در اینجا قانون لاضرر می‌گوید او نباید متضرر شود و لذا برای دفع ضرر از او دو راه وجود دارد:

۱ـ برای مشتری اصیل حقّ الخيار قائل شویم و بگوییم: به حکم لاضرر او می‌تواند صبر کند و یا معامله را یکجانبه فسخ کند.

۲ـ و یا به حاکم شرع مراجعه کند و حاکم مالک اصلی را تحت فشار گذاشته و او را ملزم کند که یا معامله را امضاء کن و یا ردّ کن و مشتری را از بلا تکلیفی خارج کن.

تنبیه هفتم:

تنبیه هفتم از تنبیهاتِ مسألهٔ اجازه دربارهٔ اینست که:

گاهی اجازهٔ مالک اصلی با عقد معامله‌ای که فضولی انجام داده تطابق کامل و صد درصد دارد یعنی دقیقاً و بدون کم و زیاد کردن همان که مورد معامله است مورد اجازه واقع شده است چنین اجازه‌ای قطعاً صحیح و نافذ است و معاملهٔ فضولی را صحیح و لازم می‌گرداند.

و گاهی اجازه با عقد هیچ هماهنگی ندارد و صد درصد مغایر است و میان آندو تباین کلّی است یعنی فضولی بر منزل عقد خوانده و مالک بر مغازه انشاء اجازه کرده است، چنین اجازه‌ای قطعاً باطل و بی‌اثر است و موجب صحّت و لزومِ معامله نمی‌شود، زیرا ما اُنْشِئَ لِمْ يُجَزْ و مٰا اُجيزْ لم يُنْشَأ. و گاهی اجازه با عقد فی الجمله تطابق دارند ولی

از لحاظ عموم و خصوص یا اطلاق و تقیید فرق دارند که این خودش چهار فرض دارد:

۱ـ نقصان جزء: فضولی بر کل و مجموع صفقة و متاع معامله را واقع ساخته ولی مالک اصلی بر بعض از آن معامله را امضاء می‌کند مثلاً فضولی صد من گندم فروخته و مالک اصلی نسبت به پنجاه من اجازه می‌کند یا فضولی دو جنس را به یکدیگر ضمیمه کرد ه و مجموع را در معامله واحد فروخته ولی مالک اصلی یکی از آندو را اجازه می‌کند.

(۲ـ زیاد کردن جزء: فضولی معامله را روی صد من انجام داده ولی مالک اصلی مقداری زیاد کرده و معامله را روی صد و ده من اجازه می‌کند، یا فضولی دو متاع را منضّماً فروخته و مالک اصلی جنس سوّمی را هم ضمیمه کرده و اجازه می‌کند. این فرض در متن مکاسب نیامده.)

۳ـ کم کردن شرط: فضولی معامله را با شرطی در ضمن عقد انجام داده ولی مالک اصلی معامله را بدون آن شرط اجازه می‌کند.

۴ـ زیاد کردن شرطی: فضولی معامله را مطلق و بدون قید و شرط انجام داده ولی مالک اصلی با افزودن شرطی معامله را اجازه می‌کند، مثلاً می‌گوید: اَجَزْتُ و شرط می‌کنم که مشتری جامه‌ای برایّ من خیاطت کند یا دیواری بنائی کند یا اتومبیلی تعمیر کند و.... .

حال در اینکه در تمام این صور باید تطابق باشد و اجازه مطابق با عقد باشد یا خیر؟ سه قول است:

۱ـ مطلقاً تطابق لازم است و اگر نباشد اجازه باطل و بی‌اثر است.

۲ـ مطلقاً تطابق لازم نیست و بدون آن نیز اجازه صحیح و مؤثر است.

۳ـ تفصیل شیخ اعظم میان چهار صورت مذکور:

امّا در صورت اوّل فتوی به جواز داده و جواز (نفوذ و مضّی و صحّت) را اَقْوٰی دانسته‌اند (زیرا که گرچه در ظاهر یک بیع روی مجموع صد من گندم واقع شده ولی در واقع این معامله به معاملات متعدّد به تعداد اجزاء منحل می‌شود، و مثل عامّ انحلالی است و هیچ مانعی ندارد که بعضی از بیوع را اجازه کرده و بعضی دیگر را ردّ کند).

تنظیر: ما نحن فیه نظیر بیع **ما یَملِک و ما لا یملک** است که مال خودش را با مال

دیگری ضمیمه کرده و فروخته و اگر دیگری ردّ کرد معامله باطل نمی‌شود و نسبت به ما یملک صحیح است. و نیز نظیر بیع **مٰا یُمْلک و ما لا یُملک** است که سرکه و شراب را منضّماً فروخته که نسبت به سرکه صحیح است و نسبت به شراب باطل است. و نیز نظیر صفقه و متاعی که دو مالک در آن شرکت دارند و فضولی این مال شراکتی را فروخته و بعد یکی از دو شریک اجازه می‌کند و دیگری ردّ می‌کند که به همان نسبت صحیح است. و دلیلی بر بطلان نیست. البته مرحوم شیخ همین تنظیر سوّم را آورده‌اند.

قوله: و ضرر:

البته اگر مالک نسبت به بعضی، معامله را اجازه کرد و نسبت به بعضی ردّ کرد، برای مشتری ضرر تبعّض صفقة مطرح می‌شود(زیرا چه بسا غرض عقلائی از معامله به مجموع من حیث المجموع بار می‌شود نه به بعضی) و به حکم قانون نفی ضرر، وی حق الخیار تبعّض صفقة پیدا می‌کند و می‌تواند معامله را کّلاً فسخ کند یا به همان بعضی راضی باشد.

(و امّا در صورت دوّم: اگر چنین چیزی پیش آمد، باز مسأله انحلال مطرح می‌شود و نسبت. به صدمن معامله صحیح و لازم می‌شود و نسبت به مازاد باطل می‌شود و حقّ الخیار تبعّض هم مطرح نیست. البته اگر منظور مالک اصلی این باشد یا تمام صدوده من را می‌فروشم یا هیچکدام را و به این منظور قید کرده و زیادی را آورده علی القاعده باید حکم به بطلان شود).

و امّا در صورت سوّم: می‌فرماید: **اگر فضولی معامله را با شرط ضمنی انجام داده بود و مالک بدون آن شرط و عقد خالی از آن قید را اجازه کرد، اقوی عدم جواز است** یعنی این اجازه نافذ و ماضی و مؤثر نیست.

قوله: بناءً:

دلیل عدم جواز این است که شرط و مشروط گرچه در ذهن و به تحلیل عقلی از یکدیگر قابل تفکیک هستند ولی در خارج به یک وجود موجود هستند و قابل انفکاک نیستند، و لذا عقد از این ناحیه تبعیض‌بردار نیست تا بگوییم: به نسبت مشروط صحیح است و به نسبت شرط باطل، است بلکه مقیّد بما هو مقیّد یک مطلوب است که یا صحیح است و یا باطل و تجزیه‌پذیر نیست. امّا بر خلاف اجزاء که هر کلّ و مجموعی به این لحاظ قابل تبعیض است و لذا نسبت به بعض صحیح و نسبت به بعض دیگر می‌تواند باطل باشد.

قوله: و لذا:

شاهد بر فرق مزبور میان جزء و شرط اینست که: بطلان جزء (مثل شراب به ضمیمه سرکه که نسبت به شراب باطل است) موجب بطلان کلّ نمی‌شود. ولی بطلان شرط موجب بطلان مشروط می‌شود (البته اگر شرط فاسد مفسد عقد باشد، که مبسوطاً در باب شروط از خیارات خواهد آمد).

و امّا صورت چهارم: اگر مطلب به عکس صورت قبل شد یعنی معاملهٔ فضولی بی‌قید و شرط واقع شده بود ولی اجازه با قید و شرط بود، آیا این اجازه صحیح و مؤثر است یا باطل؟ سه وجه وجود دارد:

۱ـ اجازه با همان شرط ضمنی هر دو صحیح هستند البته منوط بر اینکه مشتریِ اصیل هم این شرط مالک را قبول کند. آنگاه ما نحن فیه نظیر آنجائی است که ایجابِ مالک اصلی بدون شرط انشاء شده ولی قبولِ قابل قیدی بدنبال دارد و مشتری گفته: **قبلتُ** با فلان شرط.

۲ـ اجازه بدون شرط مزبور صحیح است، زیرا هر شرطی که وجوب وفای ندارد و مشمول: **المؤمنون عند شروطهم** نیست، اگر شرطی در ضمن عقد باشد ارزش دارد، یعنی بدنبال ایجاب ذکر شود تا قبول هم به آن برگردد، یا اگر بدنبال قبولِ مشتری می‌آید، باید قبول مقدّم بر ایجاب ذکر شود، امّا اینکه بدنبال قبول بیاید و قبول هم متأخر از ایجاب باشد، وجوب وفا ندارد. پس شرط فاسد است ولی مشروط و اجازه و معامله باطل نیست.

۳ـ کلاً چنین اجازه‌ای باطل و لغو است زیرا وقتی شرط آن لغو و بی‌فایده بود، مشروط به این شرط هم لغو و باطل خواهد بود. چون مجموع شرط و مشروط و قید و مقیّد یک التزام بیشتر نیست و یک التزام یا هست یا نیست و تبعیض بردار نیست که قسمتی از آن باشد و قسمتی نباشد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: همین وجه اخیر قویتر است. و ما این را اختیار می‌کنیم. (مرحوم شهیدی در حاشیه فرموده: این با مبنای شیخ در باب شروط نمی‌سازد، زیرا ایشان در آن باب شرط فاسد را مفسد ندانسته ولی در ما نحن فیه از تقویتی که کرد استفاده می‌شود که می‌خواهند شرط فاسد را مفسد بدانند[1]).

---

۱. هدایة الطالب، ص ۲۹۶

الکلام فی المُجیز

تا اینجا احکام و شروط خود اجازه بیان شد و به طور خلاصه راجع به کاشفیّت و ناقلیّت اجازه بحثهایی شد و چهار احتمال مطرح شد وثمرات این احتمالات مخصوصاً ثمرات نقل و کشف عنوان شد و در پایان هم هفت مطلب به عنوان تنبیهاتِ مسألهٔ اجازه مطرح شد. و امّا سخن دربارهٔ شروط و احکام شخص مُجیز و اجازه دهنده: می‌فرماید: برای اینکه بحث در این باب مستوفا و مستقصٰی بوده و از همهٔ جوانب آن را بررسی کنیم باید در سه امر بحث کنیم:

امر اوّل: شخص مُجیز در هنگام اجازه کردن باید شرعاً جایز التصرّف باشد یعنی بالغ باشد، عاقل باشد، رشید باشد، محجور از تصرّف نباشد، مالک باشد و... تا اجازهٔ او نافذ باشد، پس اگر صغیر، مجنون، سفیه، مفلّس و... بود اجازه‌اش تأثیری ندارد.

دلیل این شرط: اجازه نوعی تصرّف مالی است (و در تنبیه چهارم گفته آمد که: **له ان یجیزای له ان یتصرّف ای یجوز له التصرّف**) و تصرّف مالی بدون جواز تـصرّف تأثـیری ندارد. ضمناً در این شرط فرقی میان دو مبنای کشف و نقل نیست، امّا بنابر نقل که پـر واضح است، زیرا اجازه تا نیاید نقل و انتقالی نیست پس اجازه حقیقتاً تصرف مـالی و تصرّف ناقل است. و امّا بنابر کشف هم باز مشهور آن را شرط متأخر دانسته و مؤثر در حصول ملک از زمان عقد می‌دانستند و تا جایز التصرف نباشد اجازه‌اش چنین تأثیری ندارد.

قوله: و لو اجازه:

متفرّع بر شرط مزبور: در باب تصرّفات شخص مریض به مرض وفات (یعنی بیماری‌ای که با همان بیماری دار فانی را وداع می‌کند.) دو بخش مطرح است: یکی منجّزات مریض یعنی تصرّفات فعلی و تنجیزیِ او که بالفعل مالی را هبه می‌کند، وقف می‌کند و... و یکی معلّقات مریض یعنی وصایای او که برای پس از مرگ خود وصیت می‌کند که اموالش را چنین و چنان بکنند. حال وصایای او از ثلث مال نافذ است و مازاد منوط به اجازهٔ وارث است. ولی در منجّزات مریض اختلاف است که آیا مثل وصیّت او است و تا ثلث نافذ است یا مثل وصیّت نیست و مطلقاً نافذ و صحیح است و او می‌تواند تمام دارائیِ خود را وقف یا هبه کند. با حفظ این مطلب، در ما نحن فیه می‌گوییم: اگر فضولی مالی از اموال و

املاکِ مریض کذائی را فروخت، و وی می‌خواهد در حال مرض موت آن را اجازه کند (که تصرّف منجّز است) ضمناً مال مزبور بیش از ثلث دارائی او است. در اینجا اگر منجّزات او مطلقاً نافذ باشد، وی جایز التصرّف است و اجازه‌اش نافذ و صحیح است، ولی اگر مثل وصایای او باشد، وی نسبت به مازاد بر ثلث جایز التصرّف نیست و اجازه‌اش نافذ نیست.

امر دوّم: (به قول مرحوم شهیدی: از نظر ترتیب طبیعی امر ثانی باید پیش ازامر اوّل ذکر می‌شد، چرا که موصوف پیش از وصف است و در امر ثانی راجع به اصل وجود موصوف و موضوع یعنی مُجیز گفتگو می‌شود در حالی که در امر اوّل راجع به وصفی از اوصاف او و حکمی از احکام او یعنی جواز تصرّف بحث می‌شد، و **ثبوت شیئٍ لشئٍ فرعٌ لثبوت المثبت له.** ولی مرحوم شیخ این ترتیب را مراعات نکرده[1]) حال امر ثانی دراین‌باره است که: آیا در صحّت عقد فضولی شرط است که مُجیز و اجازه کننده در حال عقد فضولی موجود باشد؟ یا وجود در این حال لازم نیست و همان وجود حین الاجازه کافی است؟

ثمرهٔ بحث: اگر فضولی بدون مراعات مصلحت مال یتیم را فروخت، الان در حال عقد مجیزی وجود ندارد، زیرا نه خود یتیم به سنّ بلوغ رسیده تا اجازه‌اش نافذ باشد و نه ولّیِ او فعلاً حقّ اجازه دارد و مجیز است زیرا که تصرّف ولّی هم در اموال طفل (که اجازه هم نوعی تصرف مالی است) باید با ملاحظه مصلحت باشد و الّا جایز نیست. حال اگر وجود مجیز در حال عقد شرط باشد، در معاملهٔ مزبور مجیزی در حال عقد وجود ندارد پس باید آن معامله باطل باشد و اجازهٔ بعد از بلوغ یا اجازهٔ ولی پس از حدوث مصلحت هم مفید نباشد. ولی اگر وجود مجیز در حال عقد شرط نباشد و در حال اجازه کافی باشد باید گفت: پس از بلوغ اگر خود یتیم اجازه کند صحیح است یا پس از عقد و در حال اجازهٔ ولی اگر معاملهٔ مزبور واجد مصلحت شده باشد باز اجازهٔ ولی نافع است. حال در مسأله دو قول وجود دارد:

۱ـ عدّای وجود مُجیز را در حال عقد شرط می‌دانند و مختار علّامه در قواعد[2] همین است.

---

۱. هدایة الطالب، ص ۲۹۶.　　۲. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴

۲ـ و عدّه‌ای هم شرط نمی‌دانند و مختار مرحوم شیخ اعظم همین است.

قوله: و استدل:

مرحوم محقّق ثانی در جامع المقاصد[1] برای مختار علاّمه یعنی قول اوّل، دو دلیل آورده:

دلیل اوّل: در فرض مزبور (نبود مُجیز در حال عقد) صحّت عقد از محالات است (چون باید طیب نفس مالک باشد و علی الفرض چنین چیزی فعلاً ممکن نیست.) و چیزی که در یک برهه از زمان ممتنع شد برای همیشه ممتنع خواهد بود. پس بعداً هم اگر مجیزی پیدا شود و آن را اجازه کند فایده‌ای ندارد.

دلیل دوّم: در فرض مزبور، حکم به صحّت عقد مستلزم تضرّر و وارد آمدن ضرر بر مشتری است «صغری» و دلیل تضرّر آن است که وی نه حق دارد در منتقل الیه یعنی عین و مثمن تصرّف کند و نه حق دارد در منتقل عنه و ثمن تصرف کند. امّا در ثمن حق تصرف ندارد، به این دلیل که: اوّلاً ممکن است مالک اصلی بعداً اجازه نکند و با شک در آن اصالة عدم الاجازه جاری کرده و حکم به عدم جواز تصرّف می‌شود. و ثانیاً مقتضی برای تصرّف ملکیّت است که آنهم حاصل نشده یعنی مثمن در ملک وی داخل نشده تا حقّ تصرف پیدا کند. و امّا در ثمن حق تصرف ندارد، برای اینکه شاید مالک اصلی اجازه کند و در نتیجه ثمن از اوّل از ملک مشتری خارج شده باشد (البته بنابر کشف) و وی حق ندارد در مال مردم تصرّف کند. و کبرای کلی هم اینست که: حکم ضرری در اسلام منفی است. پس صحّت معامله مزبور منفی است. «نتیجه».

قوله: و یضعّف:

مرحوم شیخ از هر دو دلیل مزبور جواب می‌دهند: امّا از دلیل اوّل دو جواب می‌دهند:

۱ـ جواب نقضی: اگر فرض کنیم که فضولی متاع کسی را فروخته و مالک اصلی در نقطهٔ دور دستی است که تا مدّتی امکان دسترسی به او نیست و طبعاً در حال عقد مجیزی که بتواند عقد را اجازه کند وجود ندارد، حال طبق استدلال شما باید گفت: چنین بیع فضولی ای از اوّل باطل است در حالی که مشهور فتوی به صحّت آن داده‌اند و آن را مثل سایر بیوع فضولی دانسته‌اند، حال هر جوابی در اینجا دادید و مشکل را حلّ کردید

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۲

ما نیز همان جواب را در بیع مال یتیم خواهیم داد.

۲ـ جواب حلّی: ما قبول نداریم که اگر چیزی در یک زمان ممتنع بود برای همیشه و در جمیع ازمنه ممتنع باشد، آری اگر چیزی در زمانی امتناع ذاتی داشته باشد «مثل اجتماع نقیضین» برای همیشه ممتنع خواهد بود و از ازل تا ابد محال است. ولی اگر چیزی در زمانی امتناع بالغیر پیدا کند لازمه‌اش این نیست که برای همیشه ممتنع باشد، بلکه‌ای چه بسا در زمان دیگر ضرورت بالغیر پیدا کند، فی المثل هر ممکن تا وقتی علّت تامّهٔ او یافت نشده ممتنع الوجود بالغیر است ولی همینکه علّت تامّه‌اش یافت شد واجب الوجود بالغیر می‌گردد، و ما نحن فیه از این قبیل است یعنی امتناع صحّت در حال عقد یک امتناع ذاتی و از قبیل بیع الخمر و الخنزیر و... نیست بلکه امتناع بالغیر است یعنی به سبب نبودن مجیز، صحّت ممتنع شده و هیچ مانعی ندارد که بازوال مانع و آمدنِ مجیز، صحّت هم بیاید، ضمناً در این جهت فرقی میان قول به کشف و نقل نیست و بر هر دو مسلک با آمدن مجیز، امتناع صحّت و عدم صحّت منتفی می‌شود، و به ویژه بر مسلک نقل که خود اجازه مؤثر و ناقل است و فرض اینست که حین الاجازه مجیز جامع شرایط هست، و نبودن مجیز در حال عقد ضرری ندارد.

قوله: و امّا الضرر:

جواب از دلیل دوّم: در اینجا دو دسته ادلّه داریم:

۱ـ ادلّه و عموماتِ صحّت بیع فضولی که شامل بیع مالِ یتیم هم می‌شود.

۲ـ دلیل لا ضرر که می‌گوید: در اسلام حکم ضرری تشریع نشده، حال جمع میان ایندو ایجاب می‌کند که بگوییم: معاملهٔ مزبور موقوف به اجازه است و از طرف اصیل صحیح است منتهی وجوب وفا ندارد و متزلزل است چون وجوب وفا ضرری است، و با جعل حقّ الخیار این ضرر مرتفع می‌شود و ضرورتی ندارد که اصل صحّت را بر داریم **(الضرورات تتقّدر بقدرها)**.

همانگونه که در مادّه نقض مزبور هم پس از حکم به صحّت اگر بگوییم: باید طرف اصیل صبر کند و انتظار بکشد تا مالک اصلی پیدا شود، مستلزم ضرر است و برای دفع ضرر حقّ الخیار جعل می‌شود، و راه حلّ هر دو یکی است.

قوله: مضافاً:

تا اینجا به این نتیجه رسیدیم که وجود مجیز در حال عقد شرط نیست و دلیلی بر اشتراط آن نداریم و بر فرض شک در اشتراط از اصل عدم اشتراط استفاده می‌کنیم، ولی به این مقدار بسنده نمی‌کنیم و علاوه بر آن از اخبار خاصّه هم استفاده می‌کنیم و آن اخبار تزویج صغیرین است[۱]: اگر فضولی پسر بچّه و دختر بچه‌ای را به عقد یکدیگر در آورد، در اینجا سه فرض تصویر می‌شود:

۱ـ پدر یا جدّ پدری و یا وصیّ آنها این عقد را اجازه کرد. اینجا از بحث خارج است چون مجیز فعلی در حال عقد هست.

۲ـ اولیاء مزبور اهمال کرده و اجازه یا ردّ را مسکوت گذاشتند تا بچّه‌ها به سن بلوغ رسیده و خودشان تصمیم بگیرند و نکاح را امضاء یا ردّ کنند. این نیز از بحث خارج است.

۳ـ بچّه‌ها نه پدر دارند نه جدّ پدری و نه وصیّ(تازه وصیّ هم مورد اختلاف است که بر امر نکاح صغار ولایت دارد یا نه) (و مبنای فقهی ما هم اینست که: غیر از آنها کسی بر امر نکاح ولایت ندارد، حاکم شرع و عدول مؤمنین ولایت ندارند و حتی در ولایت امام معصوم علیه السلام هم بر این امر مناقشه شده) حال در چنین فرضی نکاح مزبور فضولی است و در حال عقد هم مجیزی ندارد زیرا نه خودش می‌تواند اجازه کند چون صغیر است و نه پدر و جدّ یا وصیّ آنها هستند که اجازه کنند و نه دیگران که هستند ولایت دارند تا اجازه کنند و معذلک که مجیزی در حال عقد نیست، روایت مزبور می‌گوید: اگر بعداً بچّه‌ها بالغ شدند و اجازه کردند نکاح صحیح است و... پس وجود مجیز در حال عقد شرط نیست. در حال اجازه هم که باشد کافی است پس بیع مال یتیم صحیح و موقوف به اجازه است که اگر بعداً خودش بالغ شد و اجازه کرد یا مصلحتی پیدا شد و ولیّ او اجازه کرد معامله باطل نخواهد بود.

قوله: کیف کان:

به عقیدهٔ ما وجود مجیز در حال عقد شرط نیست (و دلیل ما مضافاً به اخبار خاصّه‌ای که

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۵۲۷ باب ۱۱ روایات باب

اشاره شد، اطلاقات و عمومات صحّت و لزوم بیع و هم اطلاقات مؤیّداتی است که در مسئله اوّل از مسائل فضولی ذکر شد. که ترک استفصال مطرح بود.) و غیر از ما بزرگانی از قبیل: ابن متوّج بحرانی[۱] (معروف به ابن فهد حلّی) و شهید اوّل[۲] و محقق ثانی[۳] و دیگران[۴] همین نظر را دارند، و بلکه تنها کسی که شرط بودن وجود مجیز را ترجیح داده جناب علّامه در قواعد است وگرنه دیگران یا مثل ما این شرط را ردّ کرده‌اند و یا به صورت دو احتمال مطرح کرده و جانب اشتراط را ترجیح نداده‌اند.

قوله: ثمّ اعلم:

جناب علّامه[۵] اوّل اصل مسأله را طرح کرده که آیا وجود مجیز در حال عقد شرط هست یا نه؟

سپس مثالی آورده از آنجائی که مجیزی در حال عقد نباشد، و آن مثال به بیع مال یتیم است (که قبلاً توضیح دادیم) آنگاه از بعض العامّه یعنی بیضاوی حکایت شده که وی به علاّمه اعتراض کرده و گفته: طبق مذهب امامیّه امام معصوم علیه السلام در همه زمانها هست و در قید حیات است وبر اموال یتامٰی ولایت دارد، آنگاه گیرم که پدر و جدّ و وصی نباشد ولی امام که هست و او می‌تواند بیع فضولی بر مال یتیم را امضاء کند، پس مثال شما نادرست است و در مورد مزبور مجیز همیشه هست نه این که نباشد.

مرحوم علاّمه در جواب از اعتراض بیضاوی فرموده: آری بر مسلک امامیّه امام علیه السلام هست ولی ما دسترسی به امام نداریم و متمکّن از امضای او نیستیم پس مجیزی که بتواند فعلاً اجازه کند و در حال عقد تمکن از اجازه او باشد نیست.

بعضی‌ها در مقام نصرت و یاری کردن بیضاوی بر آمده وبه علاّمه گفته‌اند: بسیار خوب دسترسی به امام علیه السلام نیست ولی به مسلک شما در عصر غیبت امام علیه السلام نایب الامام یعنی مجتهد جامع شرایط وجود دارد واو بر مال یتیم ولایت دارد ومی تواند اجازه کند پس مجیز وجود دارد، وبلکه اگر مجتهد جامع شرایط هم نباشد عدول مؤمنان هستند و

---

۱. به نقل مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۱۹۵
۲. دروس، ج ۳، ص ۹۳
۳. جامع المقاصد ، ج ۴ ، ص ۷۲
۴. فاضل مقدار در تنقیح، ج ۲، ص ۲۶ و صاحب جواهر در جواهر، ج ۲۲، ص ۲۹۹
۵ـ قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴

آنها می‌توانند اجاره کنند، وبلکه بانبود عدول فساق مومنین هستند ومی توانند بارعایت مصلَحتِ یتیم، معامله را امضاکنند پس هیچگاه نوبت نمی‌رسد به اینکه :در حال عقد مجیری نباشد بلکه همیشه هست.

مرحوم شیخ از این اعتراض پاسخ داده و به یاریِ علاّمه شتافته و می‌فرماید: همانطوری که امامؑ هست ولی دسترسی به او نیست، هکذا ممکن است مجتهد جامع شرائط یا عدول مؤمنین باشد ولی دسترسی به آنها نداشته باشیم یا آنها از این معامله بی‌اطلاع باشند و در نتیجه کسی که فعلاً و در حال اجازه بتواند اجازه کند وجود نداشته باشد. پس می‌شود فرض کرد که اصلاً در حال عقد مجیزی نباشد.

قوله: فان ارید:

مهمّ اینست که بدانیم منظور علاّمه از اشتراط وجود مجیز چیست؟ مجیز دو گونه است:

۱ـ مجیز شأنی: کسی که شأنیت و صلاحیّت دارد که اجازه کند و لو بالقوّه و در آینده نه بالفعل.

۲ـ مجیز فعلی: کسی که هم اکنون و در حال عقد بتواند عقد را اجازه کند و متمکّن از اجازهٔ او باشیم.

حال اگر مراد علاّمه از وجود مجیز، وجود ذات مجیز و یا مجیز شأنی باشد، اعتراض بیضاوی وارد است و دفاع علاّمه ناتمام است، و آن یاری کنندهٔ بیضاوی هم نباید دفاع علاّمه را قبول کرده و از راه دیگری اشکال کند. و اگر مراد علاّمه از وجود مجیز، وجود مجیز فعلی باشد مثال علاّمه صحیح است و در مورد معاملهٔ مال یتیم می‌توان فرض کرد که مجیز فعلی نباشد و اعتراض بیضاوی و انتصار منتصر هیچکدام وارد نیست و هر دو قابل جواب است به بیانی که گذشت. (و ظاهراً همین احتمال دوّم مراد علاّمه است).

قوله: فا لاولی ما فعله:

مثال علاّمه مطلق بود ولی جناب فخر الدین[۱] و محقّق ثانی[۲] قیدی بر آن افزوده و مثال را کاملتر کرده‌اند و آن قید «نبودن مصلحت» است یعنی فضولی مال یتیم را بفروشد و این

---

۱. ایضاح القوائد، ج ۱، ص ۴۱۹ ۲. جامع المقاصد ج، ۴ ص، ۷۲

فروختن به مصلحت یتیم نباشد، اینجا است که فعلاً و در حال عقد مجیزی نیست زیرا خود مالک اصلی که یتیم باشد فعلاً صغیر است و اجازه‌اش اثر ندارد، دیگران هم (پدر- جدّ پدری- وصی- حاکم- امام) در محدودهٔ مصلحت حق دارند اجازه کنند نه بدون آن، پس آنها نیز مجیز نیستند. و اگر وجود مجبز شرط باشد چنین معامله‌ای باطل است ولی اگر شرط نباشد صحیح است.

قوله: فیرجع:

مرحوم شیخ می‌فرماید: به هر حال سخن این دو بزرگوار نیز مثل سخن علاّمه به این بر می‌گردد که: آیا وجود مجیز فعلی (که بتواند فعلاً و در حال عقد اجازه کند) شرط است یا نه؟ امّا **مجیز شأنی و ذاتُ المجیز** و کسی که شأنیّت اجازه کردن داشته باشد، مورد بحث نیست و از فرض خارج است، زیرا هیچگاه در مورد اموال مجیز شأنی مفقود نیست و عدم آن فرض ندارد بلکه همیشه موجود است و لا اقّل خود مالک صلاحیت دارد که پس از بلوغ اجازه کند یا فقیه جامع شرائط صلاحیت دارد که پس از اطلاع اجازه کند، پس آنکه جای بحث دارد وجود مجیز فعلی است و منظور علاّمه و فخر الدین و محقّق ثانی هم همین است. (با این تفاوت که: طبق تقیید فخر و محقّق ثانی عدم امکان فعلیّت اجازه به خاطر نبودن مصلحت است و طبق سخن علاّمه: عدم امکان فعلیّت اجازه به خاطر عدم تمکّن از وصول به امام علیه السلام است).

(نکته: در مورد اموال وجود مجیز شأنی همیشه هست، آری در غیر اموال مثل نکاح ممکن است گفت: فعلاً و در حال عقد اصلاً مجیزی نیست چون اولیاء بر امر نکاح نیستند و آنها که هستند ولایت ندارند، چنانچه گذشت).

امر سوّم: اصل وجود مجیز فی الجمله مسلّم است، منتهیٰ وجود مجیز در حال اجازه قطعی است وگرنه سالبه به انتفاء موضوع است. و وجود مجیز در حال عقد در امر ثانی مورد بحث بود که گفتیم لازم نیست. و جایز التصرف بودنِ مجیز در حال اجازه نیز امری مسلّم بود که در امر اوّل ذکر شد، و اینک سخن در اینست که: مجیز (کسی که فعلاً عقد را اجازه می‌کند) همانگونه که در حال اجازه باید جایز التصرف باشد، آیا باید مضافاً به این از اوّل و در حال عقد هم جایز التصرف باشد (به گونه‌ای که اگر از اوّل اجازه می‌کرد نافذ بود.) یا چنین چیزی شرط نیست؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: جواز تصرّف در

حال اجازه شرط است امّا جواز تصرّف در حال عقد شرط نیست. و دلیلی بر اشتراطِ آن نیست مضافاً به اینکه اطلاقات و عمومات بر خلاف آن است.

حال عدم جواز تصرّفِ مجیز در حال عقد سه گونه است:

۱ـ گاهی به خاطر نبود مقتضی است یعنی وی در حال عقد نه مالک بوده تا جایزالتصرف باشد و نه وکیل و ولی بوده تا از طرف مالک و شرع مأذون و جایزالتصرف باشد.

۲ـ وگاهی به خاطر نبودن شرطی از شروط جواز تصرّف است، یعنی در حال عقد مالک بود ولی رشید نبود بلکه سفیه بود یا عاقل نبود و بالغ نبود و... لذا جایز التصرّف نبود.

۳ـ وگاهی به خاطر وجود مانع است، یعنی مانع خارجی جلو جواز تصرّف او را در حال عقد گرفته بود و آن مانع خارجی تعلّق حقّ دیگران به این مال است، مثل اینکه مال در رهن کسی بود و یا مالک مفلّس شده بود و اموالش متعلّق حقّ غُرماء و طلبکاران بود و... بر این اساس حقّ تصرّف نداشت.

ولی پس از عقد و در حال اجازه مقتضی دارد،شروط را هم دارد، مانعی هم ندارد و می‌تواند اجازه کند وهمین کافی است. (نکته: عدم جواز تصرّف در سه قسم مزبور گاهی هم واقعی و هم اعتقادی است چنانکه مسئله اوّل ودوّم از سه مسألهٔ آینده مربوط به این فرض است. وگاهی فقط اعتقادی است که مسأله سوّم مربوط به این فرض است.)

قوله :فالکلام:

جایز التصرّف نبودن مجیز در حال عقد سه شعبه پیداکرد:

۱ـ جواز تصرّف مقتضی ندارد و مجیز در آن حال مالک نبوده و الان در حال اجازه مالک شده.

۲ـ مقتضی داشته ومجیز در حال عقد هم مالک بوده ولی شرطی از شروط جواز تصرّف را نداشته یعنی سفیه بوده، مجنون بوده و...ولی الان که حال اجازه است واجد شرط شده.

۳ـ شرط هم وجود داشته ولی در حین عقد جواز تصرف مبتلا به مانع بوده مثل رهن بودن، و در حین اجازه آن مانع منتفی شده است. حال هر یک از سه صورت مزبور

به حسب مقام ثبوت وتصوّر سه قسم دارند:

۱ـ مجیز واقعاً و اعتقاداً در حال عقد جایز التصرّف نبوده، یعنی عنداللّه حقّ تصرّف نداشته و خود نیز بدان معتقد بود ولی در حال اجازه جایزالتصرّف گردیده.

۲ـ مجیز واقعاً جایز التصرّف بوده ولی اعتقاداً نه یعنی خیال می‌کرده که جایز التصرّف نیست.

۳ـ مجیز واقعاً جایز التصرّف نبوده ولی ادّعائاً یا اعتقاداً خود را جایز التصرّف می‌دانست. از این سه قسم، قسم ثالث همان مسأله سوّم از مسائل بیع فضولی است که قبلاً بحث شده و قسم دوّم را بعداً تحت عنوان «المسألة الثالثه» خواهیم آورد، و فعلاً سخن در قسم اوّل است، و علی القاعده باید برای آن سه مسأله ذکر می‌کردند، ولی مرحوم شیخ در دو مسأله بحث کرده: یکی عدم جواز از تصرّف به خاطر محجور بودن، یعنی در حال عقد مجیز مالک بوده و مقتضی داشته ولی محجور از تصرّف بوده و این دو صورت را شامل است:

۱ـ محجور بودن به خاطر فقدان شرط.

۲ـ حجر به خاطر وجود مانع، و مرحوم شیخ این دو بخش را یک کاسه کرده‌اند، و دیگری عدم جواز از تصرّف به خاطر نبود مقتضی، پس در مجموع سه مسأله داریم.

مسألهٔ اوّل

مسأله اوّل از سه مسأله مزبور آن است که: معامله‌ای فضولی انجام گرفته و مالکِ در حال اجازه همان مالک در حال عقد است پس حال العقد مقتضیِ موجود بوده ولی در حال عقد مالک مزبور محجور از تصرّف بوده یعنی شرطی از شروط جواز تصرّف را نداشت مثلاً بالغ یا عاقل یا رشید نبود، و یا مانعی جلو تصرّف او را گرفته بود مثلاً مبیع به بیع فضولی در رهن کسی بود، و الان در حال اجازه آن شرایط مهّیا و فراهم است یا آن موانع مرتفع شده و وی محجور از تصرّف نیست و می‌تواند اجازه کند، آیا اجازهٔ او نافذ است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: اقوی اینست که: چنین اجازه‌ای صحیح و مؤثر است و معاملهٔ فضولی را لازم می‌کند بلکه در بعضی صور نیازی به اجازه هم نیست و آن صورتی است که عدم جواز تصرّف به خاطر تعلّق حقّ غیر به این مبیع باشد، مثلاً در رهن دیگری بوده، در اینجا اگر خود راهن که مالک اصلی است و و واجد شرط هم هست عین مر هونه را

فروخت و پیش از آنکه مر تهن به او مراجعه کرده و اعتراض کند فکّ رهن نموده و بدهیِ خود را پرداخت، نیازی به اجازهٔ بعدی هم نیست، زیرا معاملهٔ مزبور هیچ کمبودی ندارد و طیب نفسِ مالک هم از اوّلِ معامله بوده نه اینکه بعداً ملحق شود، و تنها مانعِ صحّت، رهن بوده که آنهم فکّ شده و مرتفع گردید، پس نیازی به اجازهٔ بعدی نیست. علاّمه هم در تذکره به این مطلب تصریح کرده است[1].

مسألهٔ دوّم

مسألهٔ دوّم از سه مسألهٔ مورد بحث دربارهٔ این است که: معاملهٔ فضولی انجام شده و مالک در حال اجازه غیر از مالک در حال عقد است، یعنی مجیز در حال عقد مالک نبوده و مقتضیِ نداشته ولی در حال اجازه مالک شده و مقتضیِ دارد، این همان مسألهٔ معروف به «من باع شیئاً ثمّ ملکه» است و خود دو شعبه دارد: ۱ـ گاهی خود بایع فضولی مالک مبیع می‌گردد. ۲ـ و گاهی شخص دیگری متاع را مالک می‌شود (مثل ورثهٔ مالک اصلی یا کسانی که مالک اصلی به آنها هبه یا وقف یا وصیّت و... کرده) البته عنوان مسأله در کلمات قوم شعبهٔ اوّل را شامل است چون می‌گویند: (من باع شیئاً ثمّ ملکه) که ظاهرش اینست که خود بایع آن شیئی را مالک شده ولی اختصاص به این شعبه ندارد.

خود این شعبه صوری دارد که در مجموع هشت صورت است، به این بیان که: یا فضولی مال مردم را برای خودش فروخته و سپس خودش مالک شده و یا برای صاحب اصلی‌اش فروخته و بعد مالک شده (این دو صورت، البته صورت دوّم خود دو شعبه دارد: ۱ـ منع سابقی از سوی مالک اصلی نبوده. ۲ـ نهی سابقی بوده، که مسألهٔ اوّل و دوّم از سه مسألهٔ اصلی فضولی است و قبلاً گذشت، و فعلاً مرحوم شیخ کاری به این شقوق فرعی ندارد.) و در هر یک از دو فرض مزبور یا اینست که فضولی به یک سبب و ناقل اختیاری آن را از مالک اصلی تملک کرده (مثلاً از او خریده) و یا به یک سبب قهری مالک شده (مثلاً ارث برده) حاصلضرب دو صورت اوّل در این دو صورت عبارتست از چهار صورت، در هر یک از چهار صورت مزبور یا اینست که فضولی پس از اینکه مالک شد معاملهٔ خود را اجازه می‌کند و یااجازه نمی‌کند، در مجموع هشت صورت پدید

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۵

می‌آید مرحوم شیخ برای همهٔ هشت صورت مباحث جداگانه‌ای ذکر نمی‌کنند، بلکه دو صورت حسّاس را مطرح می‌کنند و بقیّهٔ صور با مقایسهٔ به این دو صورت حکمش روشن می‌شود، امّا دو صورت اصلی:

۱ـ من باع شیئاً ثمّ ملکه فاجازه، این چهار فرض را شامل است.

الف: من باع شیئاً لنفسه ثمّ ملکه بالشراء فاجازه.

ب: من باع شیئاً لنفسه ثمّ ملکه بالارث فاجازه.

ج: من باع شیئاً للمالک ثمّ ملکه بالشراء فاجازه.

د: من باع شیئاً للمالک ثمّ ملک بالارث فاجازه.

مرحوم شیخ صورت اوّل را مورد بحث قرار داده‌اند.

۲ـ (من باع شیئاً ثم ملکه و لم یجزه)، این نیز همان چهار فرض را دارد و نیازی به تکرار نیست و مرحوم شیخ همان فرض اوّل را مطرح می‌کنند.

امّا مسأله اوّل: مسألهٔ اوّل از دو مسأله یا دو صورت مزبور اینست که «من باع شیئاً لنفسه ثم اشتراه و ملکه فاجازه» یعنی مال مردم را برای خودش فروخت سپس قبل از اجازه یا ردِّ مالک اصلی رفت و از مالک اصلی خرید و خودش مالک شد و بعد معاملهٔ فضولیِ خود را اجازه کرد، آیا چنین معامله‌ای صحیح است یا خیر؟ دو نظریّه در مسأله مطرح است: ۱ـ عدّه‌ای طرفدار صحّت هستند. ۲ـ و عدّه‌ای فتوی به بطلان داده‌اند.

مرحوم محقّق اوّل در کتاب معتبر فرعی را عنوان کرده و آن اینکه: شخصی مالک مال زکوی (گندم مثلاً) می‌باشد ومالش هم در حدّ نصاب و متعلّق زکات است (مثلاً سه خروار گندم دارد) و پیش از اینکه زکات مالش را بپردازد، تمام این گندمها را به کسی فروخت یا نزد کسی گرو گذاشت، این معامله چه حکمی دارد؟ فرموده: نسبت به ما عدای زکات یعنی $\frac{۹}{۱۰}$ گندمها معامله صحیح است زیرا ملک او است و بر مالش سلطنت دارد و حقّ دارد بفروشد، و امّا نسبت به مقداری که حصّهٔ فقراء است یعنی $\frac{۱}{۱۰}$ اگر پس از معاملهٔ مزبور حصّهٔ فقراء را غرامت کشید و از جای دیگر فراهم کرد و داد یا پول آن مقدار را به فقراء داد شیخ طوسی[۱] فرموده: بیع یا رهنِ مالک نسبت به کلّ گندمها صحیح و لازم می‌شود (و ظاهرش اینست که نیازی به اجازه هم نیست) مرحوم محقّق اوّل به

۱. مبسوط، ج ۱، ص ۲۰۸.

شیخ اشکال کرده و فرموده: حصّهٔ فقراء که در میان گندمها بوده ملک فقراء بوده و مالک نصاب در حال بیع یا رهن، این حصّه را مالک نبوده و بعد از معامله و غرامت کشیدن تازه مالک شده، پس نیاز به اجازهٔ جدید دارد، و مثل آن است که مال مردم را بفروشد و بعد خودش مالک شود که باید معاملهٔ قبلیِ خود را اجازه کند.[1]

قوله:بل يظهر:

پس هم شیخ و هم محقّق فرمودند: «**من باع شيئاً ثم ملكه فاجازه**» معامله صحیح است و مثال زدند به بیع مالک نصاب، و حتّی شیخ طوسی فرمود: نیازی به اجازهٔ جدید هم نیست.

مرحوم شیخ اعظم می‌فرماید: لابد مبنای شیخ طوسی در باب زکات غیر از مبنای مشهور است، بیان مطلب: در اینکه زکات به عین مال زکوی تعلّق می‌گیرد یا به ذمّهٔ مالک نصاب می‌آید، احتمالاتی وجود دارد که مرحوم سیّد در حاشیه آورده[2] و ما به برخی از آنها اشاره می‌کنیم:

۱ـ زکات مانند دینی است که صد در صد به ذمّهٔ مالک تعلّق می‌گیرد و عین خارجی آزاد است، در این فرض پر واضح است که معاملهٔ مزبور صحیح بوده و نیازی به اجازهٔ جدید هم نیست.

۲ـ زکات به خود عین خارجی تعلّق می‌گیرد و فقراء در آن سهیم هستند و به طور مشاع با مالک شریک می‌شوند بر این مبنا مالک نصاب، مال دیگران را فروخته و بعداً که غرامت کشید و آن حصّه را مالک شد باید نسبت به آن اجازه بکند و فرمایش محقّق اوّل مربوط به این فرض است و رأی مشهور همین است.

۳ـ تعلّق زکات به عین خارجی مثل تعلّق دین و قرض به رهن و وثیقه است و همان طوری که در مورد رهن، دَین به ذمّهٔ راهن تعلّق می‌گیرد نه به عین خارجی، و عین مرهونه تماماً ملک راهن است و مرتهن در آن سهمی ندارد نهایت این عین متعلّق حقِّ مرتهن است به این معنی که اگر راهن سر موعد دیون خویش را ادا نکرد و ذمّهٔ خود را فارغ نکرد، مرتهن حق دارد عین مرهونه را فروخته و طلب خویش را استیفاء و استنقاذ

---

۱. معتبر، ج ۲، ص ۵۶۳.
۲. حاشیة السید علی المکاسب، ص ۱۶۲.

نماید. همچنین در مورد زکات هم، حق فقیر به ذمّهٔ مالک می‌آید و او مدیون فقراء است ولی خود عین خارجی ملک او است و فقیر در آن سهیم نیست و شریک نمی‌باشد، حداکثر این است که این عین متعلّق حقّ فقیر است و اگر مالک زکات را نپرداخت فقیر حقّ دارد از این گندمها به اندازهٔ حقّ خود استیفاء دین نماید. حال شیخ طوسی که فرمود: نیازی به اجازه نیست شاید این مبنا را اختیار کرده و تعلّق زکات به عین را مثل تعلّق رهن دانسته و همانطور که در رهن اگر را هن عین مرهونه را فروخت و قبل از مراجعه و اعتراض مرتهن آن را از رهن در آورد و فکّ رهن کرد، معامله صحیح بود و نیازی به اجازه هم نبود هکذا اگر مالک نصاب این گندمها را فروخت و بلافاصله از راه دیگر غرامت کشید و حقّ فقراء را پرداخت آنها حقّ اعتراض ندارند و معامله صحیح و لازم است و نیازی هم به اجازهٔ جدید نیست.

از جمله کسانی که فتوا به صحت این معامله (**من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه**) داده‌اند مرحوم شهید اوّل در کتاب دروس است[1] و از مرحوم صیمری نیز همین امر حکایت شده[2]

قوله: و المحکی:

در مقابل قول اوّل (صحّت معامله) از عدّه‌ای قول به بطلان نقل شده است: ۱ـ محقّق ثانی در حاشیهٔ ارشاد[3] ۲ـ بعض از معاصرین ما (مرحوم صاحب جواهر)[4] ۳ـ به پیروی از بعضی معاصرین خودشان (مرحوم شیخ اسداللّه تستری)[5]

اینان فرموده‌اند: معاملهٔ مزبور از اساس باطل است و مالک جدید اجازه بدهد یا نه باطل است.

قوله: و الاقوی:

مرحوم شیخ قول اوّل را تقویت کرده و می‌فرمایند: «**مَن باع شیئاً ثمّ ملکه فاجازه صحّ**» و دلیل ایشان عبارتست از: اصل و عمومات:

---

۱. دروس، ج ۳، ص ۱۹۳.
۲. به نقل محقق تستری در مقابل الانوار، ص ۱۳۴.
۳. حاشیه خطی، ص ۲۱۹.
۴. جواهرالکلام، ج ۲۲، ص ۲۹۸.
۵. مقابس الانوار، ص ۱۳۴.

منظور ایشان از عمومات و اطلاقات روشن است (**احل اللّه البیع، او فوابا لعقود، تجارةً عن تراض و...**) که به اطلاق و عموم هم فرضی را که مجیز همان مالک حال عقد باشد شامل است و هم فرضی را که مجیز مالک جدید باشد شامل است. ولی منظور از اصل چیست؟

آیا مراد اصل عملی یعنی اصالة الصحّة است یعنی شک در صحّت و بطلان داریم و حکم به صحّت می‌کنیم؟ اگر این باشد، می‌گوییم: درباب معاملات اصل اوّلی اصالة الفساد است نه اصالة الصحّة.

آیا مراد اصل برائت از اشتراط است یعنی شک داریم که باید مالک در حال اجازه همان مالک در حال عقد باشد و این امر شرط است یا نه اصل برائت جاری می‌کنیم؟ اگر این باشد می‌گوییم: در اجراء اصل برائت در باب شرطیّت و مانند آن اختلافی است. آیا مراد از این اصل همان قاعده‌ای است که از عمومات و اطلاقات استفاده می‌شود؟ اگر این باشد که چیزی جدای از آنها نبوده و کلمهٔ «**و العمومات...**» عطف تفسیر اصل خواهد بود. و ما همین را اختیار می‌کنیم. حال ما این عمومات را داریم و خوشبختانه این اطلاقات و عمومات از هر گونه ایرادی سالم و به دور هستند، تنها هفت امر است که مرحوم تستری آنها را به هم تلفیق کرده و با آنها در این ادله خدشه کرده و بیشتر آنها را از ایضاح الفوائد[1] و جامع المقاصد[2] گرفته که ذیلاً به ترتیب مطرح کرده و جواب می‌دهیم:

قوله: الاوّل:

وجه اوّل از وجوه قول به بطلان اینست که: مسألهٔ ما (**من باع شیئاً لنفسه ثمّ ملکه فاجازه**) داخل در مسألهٔ سومّ از مسائل بیع فضولی است (**لو باع مال غیره لنفسه**) منتهی بیع مال دیگران برای خودش دو گونه است: ۱ـ گاهی بدنبال بیع از مالک اصلی خریداری نمی‌کند و مالک نمی‌شود ۲ـ و گاهی بدنبال آن از مالک اصلی خریده و مالک می‌شود. پس مانحن فیه صغرای آن باب و مصداقی از مصادیق آن مسأله است و سابقاً گذشت که: بیع مال غیر برای خود فضولی مبتلا به اشکال بود (پنج اشکال داشت) و باطل بود، پس این مسأله نیز باطل است و با اجازهٔ بعدی هم قابل تصحیح نیست.

---

۱. ایضح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۹

۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۳.

قوله: و ربمّالا یجری:

در این جمله از سوی محشیّن بزرگوار مکاسب احتمالاتی داده شده که منظور مستّدل (محقّق تستری) از ماء موصول چیست؟ مرحوم سیّد در حاشیه سه احتمال داده[1] ولی احتمالی که اظهر می‌باشد اینست که منظور این باشد: پاره‌ای از جوابها و توجیها تی که در مسألهٔ سوّم از مسائل بیع فضول مطرح شد، در این مسألهٔ قابل طرح نیست، بیان مطلب: یکی از اشکالات در آنجا این بود که: فضولی که مال مردم را برای خودش می‌فروشد در حقیقت قصد معاوضهٔ حقیقی ندارد بلکه قصد معاوضهٔ صوری و شکلی و ظاهری دارد و لذا معامله‌اش باطل است.

در جواب اشکال گفته شد که: فضولی قصد معاوضهٔ حقیقی دارد و از این حیث کمبودی ندارد و آن مقدار قصد جدّی که لازم باشد دارد منتهی ریشهٔ این قصد یا اعتقاد به مالکیّت است یعنی خیال می‌کرد واقعاً مالک است وجدّاً معاوضه کرد، ویا ادّعای مالکیّت است مثل غاصبین که اوّل ادعّای مالکیّت نموده و خود را مالک می‌دانند و سپس به قصد معاوضهٔ حقیقی اموال مغصوبه و مسروقه را می‌فروشند. حال این توجیه در مانحن فیه نمی‌آید، زیرا فرض بحث در جایی است که: فضولی واقعاً و اعتقاداً خود را مالک نمی‌داند و معذلک می‌فروشد و واضح است که چنین کسی قصد معاوضهٔ جدّی ندارد و بنا را هم بر مالکیّت خویش نگذاشته است. حال اگر در آن مسأله با وجود امکان توجیه مزبور حکم به بطلان شود پس در این مسأله که توجیه مزبور میسور نیست به طریق اولی حکم به بطلان می‌شود.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ در جواب مقابله به مثل کرده و اوّل می‌فرمایند: خوشبختانه ما در همان مسأله ثالثه هم حکم به صحّت کردیم و کلّیهٔ اشکالهای وارده را جواب دادیم و این مسأله هم که داخل در آن مسأله و شعبه‌ای از آن است همان حکم را خواهد داشت. بعد می‌فرمایند: و ربّما یسلم... یعنی پاره‌ای از اشکالاتی که در آن مسأله بود در خصوص ما نحن فیه نیست، و آن اشکال چهارم است که در آنجا مطرح بود و آن اینکه: اجازه با انشاء

---

۱. حاشیته السید علی المکاسب، ص ۱۶۳.

تطابق ندارد زیرا انشاء بیع برای فضولی واقع شده و متعاقدان مقصودشان تملیک به فضولی بود (بٰاعَ مال غیره لنفسه) ولی مالک اصلی برای خودش اجازه می‌کرد نه برای فضولی پس در حقیقت: (**مٰا قُصِدَ لم یقع و ما وقع لم یُقصد**)، **ما اُجیز لم یُنْشأ و مٰا اُنْشِأ لم یُجز**)، و لذا حکم به بطلان می‌شد البته در آنجا از این اشکال به وجوهی اجابت شد، محقّق قمی، صاحب جواهر، کاشف الغطاء و شیخ اعظم هر کدام به بیانی جواب دادند ولی به هر حال جای طرح اشکال بود. ولی خوشبختانه این اشکال در ما نحن فیه اصلاً وارد نیست و موضوع ندارد، زیرا اجازه با انشاء کاملاً تطابق دارند معامله برای خود فضولی واقع شده (**باع شیئاً لنفسه**) و اجازه هم که پس از مالک شدنِ فضولی محقّق می‌شود برای خود فضولی است نه برای مالک اصلی پس مٰا اُنْشِأ اُجیزَ و از این حیث ابداً مشکلی ندارد. در نتیجه اگر در آن مسأله حکم به صحّت کردیم در این مسأله به طریق اولی حکم به صحّت می‌کنیم.

قوله: الثانی:

وجه دوّم از وجوه قول به بطلان اینست که: در معامله اموری معتبر است، منجمله بایع باید مالک باشد تا معامله‌اش مؤثر باشد، باید رضایت و طیب نفس داشته باشد، باید قدرت بر تسلیم مبیع داشته باشد و... که این سه امر حتماً باید باشد، آنگاه اگر خود مالک اصلی فروشنده باشد تمام این شرایط موجود است، ولی فرض اینست که: بایع در هنگام بیع مالک نبوده و مال دیگران را فروخته، و نیز قدرت بر تسلیم هم نداشته و نیز در حال عقد طیب نفس مالک هم نبوده، معذلک می‌گوییم: بیع فضولی صحیح است این حکم به صحّت به خاطر آن است که دل خوش داریم که بعداً مالک اصلی معامله را اجازه می‌کند و بایعِ حقیقی او است (فضولی فقط عاقد است) و با اجازه به منزلهٔ یکی از متعاقدین می‌شود و همهٔ شروط مزبور و نواقص جبران می‌شود. ولی فرض اینست که: مالک اصلی این معامله را امضا نکرد (زیرا به خود فضولی فروخته و اگر به معاملهٔ اوّل راضی بود که این معامله را انجام نمی‌داد.) آنگاه معامله باید واجد شروط مزبور باشد، و در هنگام عقد این شروط نبود، و امیدوار بودیم که بعداً با اجازهٔ مالک اصلی محقّق شوند که آنهم نشد، پس شروط مزبور فراهم نشد، پس وجهی برای صحّتِ معاملهٔ مزبور نمی‌ماند و بناچار باید حکم به بطلان کنیم.

قوله: و فیه:

ما نیز قبول داریم که در صحّت و لزوم معامله باید شروط مذکور باشد ولی یک یک آنها را محاسبه می‌کنیم: (امّا مالک بودن: ملکیّت لازم است و مبیع باید از مالک به دیگری منتقل شود، و مجیز باید مالک باشد امّا اینکه مالکیّت از زمان عقد داشته باشد هیچ دلیلی ندارد بلکه آنچه مهمّ است اجازهٔ مالک است، اعمّ از اینکه مالک اصلی و قدیم باشد و یامالک جدید باشد، و فرض اینست که: فضولی خودش مالک شده و معاملهٔ فضولی راامضا کرده و بیش از اجازهٔ مالک لازم نداریم.)

و امّا راضی بودن مالک: ادلّه می‌گوید: انسانها بر اموال خودشان سلطنت دارند «صغری» و به حکم عقل و شرع اگر سلطنتی هست پس هیچ کس حق ندارد بدون رضایت و طیب نفس آنها در اموال آنان تصرّف کند «کبری» نتیجه این دو دسته آن است که: باید طیب نفس مالک هم باشد و ما نیز آن را قبول داریم امّا از ادلّهٔ مزبور بیش از این استفاده نمی‌شود که حتماً رضایتِ کسی باشد که از زمان عقد مالک بوده، و رضای مالکِ در حال اجازه کافی نیست، از ادلّه، رضایت مالک مستفاد است و این مفاد اطلاق دارد یعنی مالک اصلی را می‌گیرد و مالک جدید را هم شامل می‌شود پس اگر مالک جدید امضاء و اجازه کرد این کمبود نیز مرتفع می‌شود.

و امّا قدرت بر تسلیم: این را به عنوان یک شرط اساسی برای صحت معامله می‌پذیریم، و می‌گوییم: از اوّل عقد وجود این شرط لازم است و مجرّد قدرت بر تسلیم در زمان اجازه کافی نیست، بلکه باید از زمان عقد قدرت بر تسلیم داشته باشد. و فضولی در حال عقد فاقد این شرط بوده ولی این مطلب دیگری است و از محلّ بحث ما اجنبی است و ضرری به صحّت بیع فضولیِ مورد بحث نمی‌زند، زیرا که اصولاً بحث ما در بیع فضولی از اوّل تا آخر در موردی است که معامله جامع جمیع شروط معتبره باشد و از هیچ حیثی کمبود نداشته باشد و تنها کمبودش مسألهٔ رضایت و طیب نفس باشد (که مشکل آن حلّ شد) و امّا اگر از جهات دیگر کسری داشته باشد ارتباطی به فضولی بودن ندارد، در مالک اصلی هم اگر قدرت بر تسلیم نباشد حکم به بطلان می‌شود و مخصوص فضولی نیست.

(البته جواب دیگری شبیه جواب از دو شرط قبل از قدرت بر تسلیم در مورد

قدرت هم قابل طرح است و آن اینکه: همانطورکه در عبادات و تکالیف قدرت بر امتثال باید باشد و گرنه تکلیف بما لا یطاق است. ولی قدرت در ظرف امر و ایجاب لازم نیست، امتثال که باشد کافی است. همچنین در معاملات و حکم وضعی هم قدرت بر تسلیم باید باشد ولی قدرت در ظرف امر و ایجاب الزم نیست، دلیلی نداریم که همه جا این قدرت از زمان عقد باشد بلکه مهّم قدرت بر تسلیم در حال اجازه است که مسلّم است و علی الفرض در ما نحن فیه این قدرت موجود است. پس از این ناحیه هم مشکلی نیست.)

قوله: الثالث:

وجه سوّم از وجوه قول به بطلان آن است که: اگر بیع فضولیِ مزبور با اجازهٔ مالک جدید صحیح باشد و اجازه مؤثر باشد لازمه‌اش آن است که: کاشفه باشد، زیرا قولی که اصّح اقوال و احتمالات و ادّله بود همین قول به کشف بود. (به حکم اطلاقات و عمومات و ادّله عقلی و نیز روایات خاصّه‌ای که قبلاً گذشت.) آنهم مطلقاً یعنی ادّله فرقی نمی‌گذارد میان اجازهٔ مالک اصلی با اجازهٔ مالک جدید و به طور مطلق حکم به کاشفیّت اجازه می‌کند آنگاه صحّت اجازه مستلزم کاشفیّت است، و کاشفیّت آن یک محذور بزرگی در ما نحن فیه دارد و آن اینکه: مستلزم خروج مال از ملک مالک جدید است پیش از آنکه در ملک او داخل شود، بیان مطلب: فرض اینست که: مالک جدید یکماه قبل (مثلاً) این مال را به دیگری فروخته و بعد از بیست روز از مالک اصلی آن را خریده و مالک شده و بعد از ده روز الان بیع فضولیِ یکماه قبل را اجازه می‌کند، آنگاه معنای کاشفیّت اجازه آن است که از همان یکماه قبل مبیع ملک مشتریِ اصیل شده بود، در حالی که از آن تاریخ تا بیست روز به بعد هنوز در ملک فضولی داخل نشده از ملک او خارج شده و چنین چیزی محال است پس صحت اجازه مستلزم کاشف بودن آن و کاشفیّت مستلزم محال مزبور است و از بطلان و استحالهٔ لازم به بطلان ملزوم می‌رسیم یعنی می‌گوییم: پس اساساً اجازه صحیح و مؤثر نیست و هو المطلوب.

قوله: و فیه:

ما قبول نداریم که همه جا کاشفیّت به معنای خروج مال از ملک مالک از حین عقد فضولی باشد بلکه **«الکشف فی کل مورد بحسبه»**، یعنی مقدار کشف تابع صحّت بیع است و از زمانی که بیع صحیح باشد اجازه کاشف از ملک در همان زمان است. اگر بیع از اوّل

وقوعش صحیح باشد کشف هم از همان زمان است (در مورد اجازهٔ مالک اصلی) و اگر از ده یا بیست روز دیگر مثلاً صحیح باشد کشف هم از همین زمان است (در مورد مالک جدید) آنگاه به حکم عمومات و اطلاقاتِ صحّت بیع فضولی، عقدی که از فضولی بر مال غیر لنفسه واقع شده یک عقدی است که از اهل آن (شخص بالغ و عاقل و...) صادر شده و در محل آن (مالی که مالیّت عرفی و شرعی دارد و مثل خمر نیست) واقع شده و مقتضی موجود و تنها کمبود آن رضایت مالک است، آنگاه همانطور که اگر مالک اصلی راضی می‌شد معامله صحیح بود و برای او واقع می‌شد، هکذا اگر مالک جدید هم راضی شود معامله صحیح است و برای او واقع می‌شود و چنانکه در جواب وجه ثانی گفته آمد هیچ دلیلی نداریم بر اینکه حتماً رضایت متأخر و اجازهٔ لاحق از مالک اصلی و مالک در حال عقد باشد، بلکه از مالک بودن مهم است که مالک جدید را هم شامل است.

حال که مقتضی موجود است و ادله این مورد را می‌گیرد و حکم به صحّت آن می‌کند می‌گوییم: (یا اجازه را ناقله می‌دانیم نه کاشفه که بر این مبنا هیچ اشکالی نیست و خروج مال پیش از ورود آن در ملک هم پیش نمی‌آید. و یا اجازه را کاشفه می‌دانیم که بر این مبنا هم می‌گوییم:) چه اشکالی دارد که کاشفیّت به معنای خروج مال از ملک مجیز از اوّل عقد نباشد بلکه از اوّل زمان قابلیّت و امکان خروج از ملک مجیز باشد که زمان خریدن و مالک شدن است؟ آیا چنین کشفی محال عقلی یا شرعی را بدنبال دارد؟ خیر، پس ما در اینجا قائل به چنین کشفی می‌شویم. و شما اگر سخنی دارید یا باید در اصل وجود مقتضی اعتراض داشته باشید و بگوئید: در اینجا مقتضی از برای صحّت اجازه نیست و ادّله بیع فضولی اینجا را شامل نیست.

و یا اگر وجود مقتضی را قبول دارید مانع تراشی کرده و بگوئید: چنین کشفی مستلزم محال عقلی یا محذور شرعی است. و خوشبختانه در هیچکدام سخنی نیست. زیرا خود شما وجود مقتضی را قبول دارید و لذا در مقام اعتراض نگفتید: اصلاً ادلّهٔ صحّت اینجا را شامل نیست، بلکه گفتید: شمول ادلّه مانع دارد که خروج از ملک قبل از ورود در ملک باشد. و ما از این مانع جواب دادیم و کشف فی الجمله را اختیار کردیم، و نیز دیدیم که مانع عقلی و یا شرعی هم ندارد. (البته صرف این کافی نیست و کشف

کذائی دلیل می‌طلبد، مگر کسی بگوید: دلیل آن جمع میان ادلّه است.) پس ما چنین کشفی را اختیار می‌کنیم.

قوله: و لا یتوهّم:

اگر کسی ما نحن فیه را (**مَنْ باعَ شیئاً ثمّ ملکه فاجازه**) به سایر بیوع فضولی (که خود مالک اصلی معامله را اجازه می‌کند نه مالک جدید) مقایسه کرده و بگوید: همانطوری که که مالک اصلی حق ندارد اجازه را به زمانی که متأخّر از عقد است مقیّد کرده و اختصاص بدهد، مثلاً بیع فضولی از یکماه قبل منعقد شده ولی مالک اصلی بگوید: از ده روز قبل آن را اجازه کردم (چنین اجازه‌ای صحیح نیست) همچنین مالک جدید هم حق ندارد از ده روز قبل اجازه کند، مثلاً یکماه قبل فضولی بیع کرده، و ده روز قبل آن را خریده و حالا بخواهد از همان ده روز قبل اجازه کند. چنین اجازه‌ای هم نباید صحیح باشد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: قیاس مزبور مع الفارق است و نباید کسی چنین توهّمی بنماید، زیرا در مورد اجازهٔ مالک اصلی چون قابلیّت دارد که مالک، عقد را از لحظهٔ وقوعش اجازه کند و مفاد کشف هم همین است لذا نوبت به تخصیص اجازه به زمان متأخر نمی‌رسد، ولی در مورد اجازهٔ مالک جدید اصلاً قابلیّت ندارد که وی عقد را از اوّل اجازه کند چرا که از اوّل وی مالک نبوده و اجازه باید از سوی مالک باشد تا مؤثر باشد، آری از ده روز قبل که خریداری کرد مالک شد، اجازه‌اش می‌تواند کاشف از ملک مشتری از همان ده روز قبل باشد، و این از باب ضرورت و ناچاری است و قبلاً گفتیم که مقدار کشف تابع زمانِ صحّت عقد است. پس قیاس مع الفارق است.

قوله: کما انّ:

یکماه قبل معاملهٔ فضولی انجام شد، ده روز قبل خود فضولی از مالک اصلی خرید و مالک شد و ده روز بعد اجازه کرد، اجازه هم کاشفه است، ولی در مقام اجازه نگفت: از ده روز قبل اجازه می‌کنم، یا مطلق نگذاشت تا بر این فرض حمل شود، بلکه صریحاً دایرهٔ اجازه را تعمیم و توسعه داد و گفت: من این معامله را از همان یکماه قبل (زمان وقوع عقد) اجازه کردم، آیااین تعمیم قادح است و اجازه را از تأثیر می‌اندازد؟ خیر قادح نیست بلکه لغو است زیرا در آن بیست روز وی مالک نبود تا اجازه‌اش مؤثر باشد (نظیر اینکه یکماه قبل معاملهٔ فضولی انجام شد و الان که مالک اصلی باخبر شد بگوید: من این

معامله را از دو ماه قبل اجازه می‌کنم **که باز ذکر** دو ماه لغو و زیادی است ولی یکماه هم داخل آن است و چونکه صد آمد **نود هم پیش ما است**، پس از همان یکماه قبل منعقد می‌شود. در ما نحن فیه هم از ده روز **قبل اجازه مؤثر** است نه از یکماه قبل و ذکر یکماه لغو و زیادی است و قادح نیست، **البته اگر به شرط** شیئی باشد قادح است ولی معمولاً چون لا بشرط است منافاتی پیش **نمی‌آید.)**

سؤال: انگیزهٔ مالک جدید از تقیید **اجازه** به یکماه قبل و زمان انعقاد عقد چیست؟

جواب: انگیزه‌اش مطالبی است **که در باب** کشف گفته آمد که: معنای اجازه امضای مضمون عقد است و مضمون عقد **یا اصل نقل** است و زمانی که انشاء در آن واقع شده ظرفیّت دارد و یا نقل مقیّد به زمان **عقد است و** زمان قیدیّت دارد. و به این جهت تصریح به امضای از زمان عقد می‌کند

قوله: الرابع:

وجه چهارم از وجوه قول به بطلان **اینست که:**

۱ـ صحّت عقد اوّل (بیع فضولی) **وابسته** به اجازهٔ خود بایع فضولی است (زیرا که علی الفرض مالک اصلی اجازه نکرده **و نمی‌کند** وگرنه به خود فضولی نمی‌فروخت.)

۲ـ صحّت و تأثیر اجازه بایع **فضولی در گرو** مالکیّت او است. (زیرا اجازهٔ مالک تأثیر دارد نه غیر مالک)

۳ـ و مالکیّت بایع فضولی هم **متوقّف بر** صحّت ثانی (که فضولی از مالک اصلی همان مبیع را خریداری کرده) است. **(زیرا اگر** عقد ثانی باطل باشد، وی مالک نمی‌شود تا بتواند اجازه بکند.)

۴ـ صحّت عقد ثانی هم فرع **بر بقاء مالکیّت** مالک اصلی تا زمان این عقد است (زیرا اگر قبل از آن از ملک او خارج **شده که** عقد ثانی صحیح نخواهد بود.) حال که این چند امر در طول هم و متوقف **بر یکدیگر** شد (صحّت عقد اوّل ← اجازه مالک جدید ← مالکیّت وی ←صحت **عقد ثانی** ← بقاء مالکیّت مالک اصلی) می‌گوییم: یک ماه قبل معاملهٔ فضولی انجام شد، **پس از بیست** روز از معاملهٔ فضولی خود فضولی از مالک اصلی خرید و مالک شد و ده **پس از مالک** شدن بیع فضولی خود را اجازه کرد، در اینجا از طرفی در طول بیست روز مالک **اصلی** مالک مبیع است وگرنه صحّت عقد ثانی

زیر سؤال می‌رفت، و از طرفی اگر اجازهٔ فضولی (که مالک جدید شده) مؤثر باشد (علی الاصح کاشفه است) پس باید کاشف از این باشد که مشتریِ اصیل از اوّل عقد در واقع مالک این مبیع بوده پس در آن بیست روز مشتری هم مالک بوده و این اجتماع دو مالک مستقل بر مملوک واحد در زمان واحد است (و چنین چیزی یا اجتماع مثلین است که محال می‌باشد و یا) اجتماع ضدّین است زیرا ضدّان دو امر وجودی را گویند که تمانع وجودی دارند و هر کدام مانع از وجود دیگری است، در اینجا هم وجود دوّمی (مالکیّت مشتری) خواهان عدم اوّلی (مالکیّت مالک اصلی) و مانع از وجود اوّلی است، متقابلاً وجود اوّلی هم مانع از وجود دوّمی است، پس در ظرف آن بیست روز هر کدام از دو ملک مزبور هم هست و هم نیست و این اجتماع نقیضین و محال است. پس صحّت عقد فضولی مستلزم این محذور بزرگ است و لازم محال است پس ملزوم هم که صحّت بیع فضولی باشد محال و باطل خواهد بود.

قوله: فان قلت:

مستدّل به خود ایرادی وارد کرده و جواب داده است: امّا ایراد: اگر کسی بگوید: محذور مزبور (اجتماع ضدّین) اختصاص به ما نحن فیه (من باع شیئاً ثم ملکه...) ندارد بلکه در مطلق بیعهای فضولی جاری و ساری است (حتی آنجاها که خود مالک اصلی اجازه می‌کند) زیرا که صحّت عقد فضولی که مثلاً یکماه قبل واقع شده وابسته به اجازهٔ لاحقه است و تأثیر اجازه هم وابسته به بقاء مالکیّت مالک اصلی تا زمان اجازه است، پس تا روز اجازه وی کماکان مالک است، از طرفی هم صحّت اجازه مستلزم قول به کشف است یعنی کاشف از اینست که: در واقع مشتریِ اصیل از روز اوّل مالک مبیع بوده پس در طول این یکماه یعنی از لحظهٔ عقد تا لحظهٔ اجازه دو مالک بر یک مملوک جمع شده و این اجتماع ضدین و محال است. پس اشکال مخصوصِ ما نحن فیه نیست.

قوله: قلت:

و امّا پاسخ: در سایر بیوع فضولی که خود مالک اصلی اجازه می‌کند اشکال مزبور قابل جواب و حلّ است و میان دو نوع ملکیّت را می‌توان جمع کرد به اینکه: در صحّت و تأثیر اجازه وجود ملکیّت واقعی معتبر نیست بلکه ملکیّت ظاهری وصوری هم کافی است و ملکیت ظاهری به برکت استصحاب بقاء ملک می‌آید. و بیش از این لازم نداریم، زیرا

اجازه در حقیقت رفع ید کردن از حقّ و اسقاط حقّ است و این کار چندان مؤونه‌ای لازم ندارد، و لذا می‌توان گفت: مالکیّت مالک اصلی در طول این مدّت یک مالکیّت ظاهری وصوری بوده و بعداً که اجازه آمد کاشف از اینست که مالکیّت مشتری یک مالکیّت واقعی و حقیقی بوده و میان ملکیّت ظاهری و صوری با ملکیّت واقعی منافاتی نیست و قابل جمع است. (همانند جمع میان احکام واقعی و ظاهری در علم اصول) ولی در ما نحن فیه نتوان این حرف را زد، زیرا تا مالک اصلی واقعاً مالک نباشد نمی‌تواند به فضولی بفروشد، (لا بیع الاّ فی ملک) ملکیّت شرط واقعیِ صحّت بیع است، پس در طول بیست روز وی واقعاً مالک است. و بعد هم که اجازه آمد کاشف از این است که: در طول آن مدّت مشتری هم مالک واقعی بوده و جمع میان دو ملکیّت واقعی در یک زمان از محالات است. پس در ما نحن فیه مشکل کماکان به صورت لا ینحل باقی است.

قوله: اقول:

مرحوم شیخ همان جوابی را که از وجه ثالث ذکر کردند، اینجا نیز می‌آورند، و آن اینکه: ماهاکه طرفدار صحّت هستیم ومعاملۀ مزبور را با اجازۀ فضولی (مالک جدید) صحیح می‌دانیم، می‌گوییم: (یااجازه ناقله است که محذوری ندارد واجتماع مالکین پیش نمی‌آید ویا اگر کاشفه باشد) مقدار کشف تابع صحّت بیع ثانی و مالکیّت فضولی است یعنی از زمانی که وی خرید و مالک شد (که مثلاً ده روز قبل باشد) از ملک وی به ملک مشتری منتقل می‌شود و اجازه در این مقدار مؤثر است، چون در این ظرف زمانی وی مالک است و اجازۀ مالکی محقّق است وگرنه پیش از آن وی مالک نبوده و قابلیّت نداشته که اجازه‌اش کاشف از ملکیّت از اوّل عقد باشد. و وقتی کشف تا این اندازه بود (که در جواب وجه ثالث گفتیم چنین کشفی هیچ محذور عقلی و شرعی ندارد.) اجتماع دو مالک بر یک مال و در نتیجه اجتماع ضدین پیش نمی‌آید، زیرا در واقع از اوّل عقد فضولی تا روز بیستم، مال فقط ملک مالک اصلی بودو از روز بیستم که به فضولی منتقل شد و بعداً وی عقد اوّل را اجازه کرد فقط ملک مشتریِ اصیل است، و مالکیّت‌ها در دو زمان است نه در یک زمان، و این محال نیست، آری اگر اجازه کاشف از مالکیّت مشتری از اوّل عقد بود آن محذور پیش می‌آمد، ولی این همان وجه سوّم است که به بیان دیگر اعاده کردید و ما قبلاً آن را پاسخ دادیم و نیازی به اعاده نبود.

(مرحوم شهیدی[1] به پیروی از استادش مرحوم سیّد[2] فرموده: **اقول مجرّد اتّحاد الاشکالین فی المبنی لا یوجب کون احدهما اعادة للآخر بتقریر آخر و لا یخفی انّ مناط الاشکال الاوّل فی المقام لزوم خروج الملک عن ملک المجیز قبل دخوله فیه مع قطع النظر عن لزوم اجتماع المالکین و مناط الاشکال الثانی لزوم اجتماعهما مع قطع النظر عن الخروج قبل الدخول فالفرق بینهما بالمعاکسة فکیف یمکن ان یکون احدهما عین الآخر باختلاف التقریر، نعم مبناهما کاشفیّة الاجازه من حین العقد و لکن وحدة المبنی لاتوجب وحدة الاشکال.**)

قوله: نعم:

آری اشکال دیگری که به صورت اِنْ قلت **در کلام** مستدل بیان شد و به مطلق بیع فضولی وارد بود، باقی و بر قرار است و اشکال **و وارد است** و غیر از اشکال خاصّ به ما نحن فیه است. و اگر نخواهیم آن اشکال را در **ما نحن فیه بیاوریم** باید بگوییم: بر مبنای کاشفیّت اجازه در ما نحن فیه در طول مدّت بیست **روز نه تنها** اجتماع دو مالک بلکه اجتماع سه مالک پیش می‌آید:

۱ـ مالک اصلی در این مدّت واقعاً **مالک است** وگرنه عقد صحیح نبود.

۲ـ مشتری اصیل هم در مدّت مزبور **واقعاً** مالک بوده، و اجازه کاشف از آن است.

۳ـ خود بایع فضولی یا مجیز هم **باید مالک** باشد زیرا اجازه می‌خواهد ملک را از مجیز به مجازله منتقل کند و تا مجیز **مالک نباشد** معقول نیست که مجازله مالک شود، پس برای وی نیز در طول مدّت مزبور **فرض مالکیّت** شد، و این اجتماع سه مالک بر مملوک واحد است نه دو مالک، و **محذورش بیشتر** است. (آری در ظرف ده روز اخیر یعنی از روز بیستم تا روز سی ام که **اجازه می‌آید** مالک اصلی بر کنار می‌شود ولی باز سخن از اجتماع دو مالک یعنی مجیز و **مشتری** مطرح است که اجتماع ضدّین و محال است.)

قوله: ثمّ انّ:

مستدّل در ادامهٔ وجه چهارم به خودش اشکالی کرد (ان قلت...) سپس از آن جواب داد (**قلنا...**) در آن جواب نکات و تعابیری بود که مرحوم شیخ آنها را مورد نقد و بررسی قرار

---

۱. هدایة الطالب، ص ۲۹۹.
۲. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۶۴.

می‌دهند و به آنها اعتراض می‌کنند و در مجموع چهار اعتراض است:

۱ـ جوابی که مستدّل از اشکال وارده بر مطلق بیع فضولی (برای اجازهٔ مالک اصلی ملکیّت ظاهری و صوری کافی است و...) قانع کننده نیست چراکه اگر ما اجازهٔ مالک اصلی را کاشفه بدانیم و بگوییم: اجازه که آمد کاشف از اینست که از اوّل عقد (یکماه قبل) و پیش از اجازه مبیع ملک واقعیِ مشتری بوده و مالک اصلی در حین اجازه واقعاً مالک نبوده لازمه‌اش آن است که: حکم به بطلان و لغویّت اجازهٔ مالک اصلی بنمائیم، زیرا اجازه باید از مالک باشد و علی الفرض بر مبنای کشف، وی در حال اجازه مالک نبوده پس اجازه‌اش باید باطل باشد در حالی که شما در مطلق بیع فضولی فتوی به بطلان نمی‌دهید.

اگر شما بگوئید: گر چه مالک اصلی در حال اجازه مالک واقعی نبوده ولی مالک ظاهری (به برکت استصحاب ملکیّت) که هست و همین مقدار کافی است برای صحّت و تأثیر اجازهٔ او و خروج اجازه‌اش از لغّویت.

خواهیم گفت: مالکیّت ظاهری و استصحابی و بناگذاری بر مالکیّت تا ما دامی است که کشف خلاف نشود و معلوم نگردد که دیگری مالک بوده و الّا ارزشی ندارد، ولذا اگر شخصی به اعتقاد اینکه مالک است اجازه داد و بعد معلوم شد که از اوّل مالک نبوده و صرفاً خیال می‌کرده که مالک است، به اجازهٔ او ترتیب اثر داده نمی‌شود، سرّ مطلب آن‌است که مالکیّت از شروط واقعی است یعنی واقعاً باید مالک باشد تا اجازه و سایر تصرفاتش نافذ باشد. نه از شروط علمی و اعتقادی که اعتقاد به مالکیّت کافی باشد. پس مالکیّت ظاهری کافی نیست. و مالکیّت واقعی هم مستلزم محذور اجتماع ضدّین در مطلق بیع فضولی است و اشکال مستشکل وارد است.

۲ـ قوله: ثمّ انّ ما ذکره:

مستدّل گفت: اجازهٔ عقد قدیم با خود عقد جدید (که فضولی از مالک خریداری می‌کند) فرق دارند، به اینکه: برای اجازه، ملکیّت ظاهری وصوری هم کافی است ولی برای عقد و بیع جدید ملکیّت واقعی لازم است و باید فروشنده واقعاً مالک باشد تا بتواند بفروشد و بعد نتیجه گرفت که: در مطلق بیع محذور جمع بین ضدّین در فرض اجازهٔ مالک اصلی پیش نمی‌آید ولی در خصوص ما نحن فیه (من باع شیئاً) کاشفیّت اجازه از سوی مالک جدید، محذور مزبود را دارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این فرق گذاری هم تحکّم محض و قول بلا دلیل است و ما معتقدیم که میان اجازه و عقد جدید از این حیث فرقی نیست و برای صحّت و تأثیر هر کدام نیازمند به ملکیّت واقعی و حقیقی هستیم نه ظاهری و صوری، زیرا که اجازه در حقیقت قائم مقام یک طرف عقد است و گویا تازه ایجاب را به زبان جاری می‌کند و در نتیجه احکام عقد را دارد یعنی تا مجیز واقعاً مالک نباشد اجازه‌اش نافذ نیست، چه اینکه اگر واقعاً مالک نباشد عقد و بیعش هم ناصحیح است (**لا بیع الّا فی ملک**)

۳ـ قوله: خصوصاً:

مستدّل برای اثبات مدعّای خود (که در اجازه مالکیّت ظاهری کافی است) اینگونه استدلال کرد که: اجازه رفع ید از حق و اسقاط حق است و چندان مؤونه‌ای ندارد و لذا اثبات مالکیّت ظاهری هم برای اسقاط حق کافی است. مرحوم شیخ می‌فرماید: وقتی خود شما قبول دارید که واقعاً حقّی نیست و مالک اصلی بر مبنای کشف از یک ماه قبل حقّی ندارد، چگونه حقّ نداشته را اسقاط کند و از آن صرف نظر کند؟!

۴ـ قوله: مع انّ:

اصولاً قبول نداریم که اجازه رفع ید از حقّ و اسقاط حق باشد، بلکه می‌گوییم: اجازه نیز رفع ید از ملک است (مثل عقد و بیع جدید) و مجیز در واقع با اجازه کردن، علقهٔ ملکیّت خویش را منقطع ساخته و برای طرف اصیل این علقه را ایجاد کرده است. پس باید واقعاً ملکی باشد تا اجازه کند.

قوله: و التحقیق:

تحقیق مطلب آن است که: اشکال مزبور(اجتماع دو مالک واقعی بر ملک واحد...) بر مبنای مشهور در باب اجازه مبتنی است که مشهور طرفدار کشف حقیقی بودند و گفتند: اجازهٔ متأخر و لاحق موجب می‌شود که عقد متقدم و سابق از زمان خود عقد صحیح و مؤثر و ملک آور شود آن گاه در واقع مشتری اصیل مالک است و صحّت اجازه هم فرع بر اینست که: در واقع در حال اجازه مالک اصلی هم مالک باشد و محذور جمع میان ضدّین مطرح می‌شود،(امّا بر مبنای نقل محذوری نیست، بر مبنای کشف فی الجمله و از اوّل زمان امکان در خصوص ما نحن فیه مشکلی نیست، و بر مبنای کشف حکمی هم در مطلق بیع فضولی مشکلی نیست زیرا که ملکیّت که از اوّل نیامده تا جمع میان ضدّین

شود، آری تا حّد امکان احکام و آثار ملک مترتّب شده است.)

(نکته: مرحوم شیخ بر مبنای کشف حقیقی و رود اشکال مزبور را می‌پذیرد و تسلیم می‌شوند، ولی حقّ اینست که: باز هم اشکالی نیست و جمع میان ضدّین نمی‌شود، زیرا مالکیّت مالک اصلی با قطع نظر از اجازه است و **لو لا الاجازه** او مالک است و مالکیّت مشتری اصیل با فرض اجازه است و مع الاجازه وی مالک است و منافاتی میان آندو نیست، نظیر اینکه نماز شب ذاتاً مستحب است و در سایهٔ نذر و عهد و یمین واجب می‌شود و میان آن استحباب و این وجوب منافاتی نیست زیرا آن استحباب لو لا النذر ثابت است و وجود لو لائی دار د و این وجوب مع النذر ثابت است، پس علی جمیع المبانی مشکل مزبور قابل حّل است. و سخن مرحوم شیخ در اینجا منافاتی ندرد با سخن ایشان در باب کشف و نقل که فرمودند: مقتضای اخبار خاصّه کشف حقیقی است.)

قوله: الخامس:

وجه پنجم از وجوه قول بطلان: صحّت عقد اوّل (فضولی) وابسته به اجازه بعدی مالک جدید (بایع فضولی) است، و اجازهٔ بعدی هم بر فرض صحّت و تأثیر، کاشفیت دارد یعنی کشف می‌کند که از زمان عقد در واقع این مبیع ملک مشتری بوده، آن گاه لازمهٔ کشف مزبور آن است که: عقد دوّم (که بایع فضولی از مالک اصلی برای خود خریده) بر مال مشتری اصیل واقع شده باشد، و اگر ملک او را فروخته‌اند پس به حکم قانون کلّی (اعتبار طیب نفس مالک) وی باید پای این قرار داد و عقد را امضاء نماید.

قوله: کما لو بیع:

در این وسط تنظیری می‌آورند: اگر فضولی مال مردم را به شخص فروخته و مجدّداً پس از مدّتی همان فضولی یا فضولی دیگر یا خود مشتری که از فضولی اوّل خریده بود همان مبیع را به شخص دیگر فروخت، آن گاه مالک اصلی با خبر شد و بیع فضولی نخستین را امضاء کرد، مشتری اصیل مالک شد و علی الکشف بیع دوّم در ملک واقعی مشتری انشاء شده پس باید مشتری که مالک است آن را اجازه دهد تا صحیح و لازم شود.

قوله: فعلی هذا:

دنبالهٔ وجه پنجم: حال که مشتری هم باید عقد جدید را امضاء کند لازم می آید که اجازهٔ

هر یک از دو شخص (مشتریِ اصیل و بایع فضولی یا مالک جدید) بر اجازهٔ شخص دیگر وابسته باشد، زیرا تامالک جدید اجازهٔ نکند کاشفی از ملک مشتری اصیل پیدا نمی‌شود و تا مشتری اجازهٔ نکند فضولی مالک جدید نمی‌شود تا بتواند اجازه کند پس اجازهٔ مشتری متوقّف بر اجازهٔ مالک جدید است تا کاشف شود و اجازهٔ مالک جدید هم وابسته به اجازه مشتری است. و این دور و محال است.

قوله: و توقّف:

نه تنها دو اجازه بر یکدیگر وابسته می‌شود بلکه صحّت هر دو عقد (اوّلی و دوّمی)وابسته به اجازهٔ مشتری اصیل (در عقد اوّل) خواهد بود منتهی صحّت عقد ثانی به طور مستقیم وابسته به امضاء او است و صحت عقد اوّل هم مع الواسطه و غیر مستقیم وابسته به امضاء او است و این از چیزهای عجیب و غریب است (شنیده بودیم که صحتّ بیع فضولی را باید مالک اصلی اجازهٔ کند ولی نشنیده بودیم که مشتری اصیل باید اجازهٔ کند!!)

قوله: بل:

در حقیقت وجه پنجم دو وجه است یکی محذور دور که تا به حال ذکر شد و دیگری محذوری که ذیلاً می‌آوریم: مستدّل می‌گوید: توقّف صحت هر دو عقد بر اجازهٔ مشتری نه تنها از اعاجیب است بلکه از محالات است، زیرا سه نوع محذور می‌توان درست کرد:

الف: دو معامله صحیح باشند و مالک اصلی نه مالک ثمن شود و نه مثمن، بیان مطلب: معاملهٔ فضولیِ اوّل را که مالک اصلی اجازه نداد تا مالک ثمن شود، زیرا به فضولی فروخت، پس از شراء فضولی و مالک شدنِ مثمن از دست مالک هم که مالک جدید عقد اوّل را اجازه کرد، اجازه کاشف از ملکیّت مشتری از زمان عقد است، پس در حقیقت عقد ثانی در ملک مشتری واقع شده و باید او اجازه کند و اگر او اجازه کرد مثمن از ملک او به مالک جدید منتقل می‌شود و در عوض ثمن هم باید به ملک مشتری برگردد پس مالک اصلی مثمن را باخت و از دست داد بدون اینکه از ثمن اوّل و دوّم چیزی عائدش شود. و این محال است زیرا معامله یعنی جا به جائی و نقل انتقال و معقول نیست که مثمن از ملک وی خارج شود ولی ثمن در ملک او داخل نشود.

ب: مشتری اوّل هم مالک عوض و هم معوض شود و به عبارت دیگر مبیع را بدون

پرداخت عوض تملّک کند. بیان ذلک: امّا تملّک مبیع: چون از فضولی به عقد اول خریداری کرد و بعد هم مالکِ مبیع (خود فضولی که مالک جدید شده) آن را اجازه کرد و اجازه موجب صحّت و لزوم آن گردید، پس مبیع را با امضاء عقد اوّل مالک شد. و امّا تملّک ثمن: فرض این است که علی الکشف بیع ثانی هم در ملک واقعی او صورت گرفته و وقتی او اجازه کرد باید ثمن به او منتقل شود، پس بدین وسیله مالک ثمن هم شد و به عبارت دیگر بدون پرداخت عوضی، مالک مبیع شد و این محال است زیرا جمع بین عوض و معوض نشاید و با مفهوم معاوضه سازگار نیست، و نیز معاوضهٔ یک طرفی و بلا عوض هم معقول نیست. البته این صورت سه شعبه دارد:

۱ـ اگر ثمن بیع اوّل و دوّم یکی بوده و در هر دو معامله به هزار تومان مثلاً معامله شده در اینجا با امضاء عقد ثانی هزار تومان را مالک شد و با اجازهٔ مالک جدید نسبت به عقد اوّل مالک مثمن شد، پس تملّک بلا عوض است.

۲ـ اگر ثمن بیع اوّل بیشتر بوده مثلاً به هزار و دویست تومان معامله شده بود و ثمن بیع ثانی کمتر بود یعنی هزار تومان مثلاً، وقتی امضاء کرد مبیع را تملّک می‌کند ولی به چیزی کمتر از ثمنی که داده بود یعنی با هزار تومان و در واقع دویست تومان از جیب او رفته.

۳ـ عکس فرض قبلی باشد که در واقع مقداری اضافه هم نصیبش شده است.

(ج: فرض دیگری هم تصویر دارد که در کلام مستدل نیامده و آن تملّک مالک جدید است نسبت به مثمن بلا عوض زیرا وی بیع فضولی خود را که امضاء کرد مشتری مالک مثمن و وی مالک ثمنِ مأخوذ از مشتری شد، و بعد که مشتری بیع ثانی را امضاء کرد قهراً مثمن را به مشتری جدید (بایع فضولی قدیم) منتقل کرده و ثمن را از او دریافت کرده پس فضولی با همان ثمن که به مشتری اوّل فروخته بود مجدداً از مشتری اوّل خریداری کرد و بدون پرداخت چیزی مالک مبیع شد که این نیز محال است.)

حال تمام این محالها و محذورها بر مبنای صحّت و تأثیر اجازهٔ مالک جدید در عقد اوّلی است و چون این صحّت محاذیری دارد خودش هم محال و باطل خواهد بود، پس چنین بیع فضولی‌ای صحیح نیست و با اجازهٔ بعدی هم تصحیح نمی‌شود. و هو المطلوب.

قوله: و الجواب:

مرحوم شیخ می‌فرماید: جواب از وجه پنجم همانند جواب از وجه رابع و ثالث است یعنی محذورات مذکور مبتنی بر این است که ما اجازه را کاشف از ملک از زمان عقد بدانیم، امّا اگر گفتیم: مقدار کشف تابع صحّت بیع جدید و مالکیّت مالک جدید است هیچکدام از محاذیر پیش نمی‌آید: نه دو اجازه بر یکدیگر متوقف می‌شوند، زیرا اجازهٔ مالک جدید لازم است و صحّت بیع فضولی بر آن وابسته است ولی نوبت به اجازهٔ مشتری اصیل نمی‌رسد. و نه محذور معاملهٔ بدون ثمن و... پیش می‌آید.

قوله: و الحاصل:

وجه سوّم و چهارم و پنجم هر سه بر مبنای کشف حقیقی مبتنی هستند و بر این مبنا صحّت عقد مزبور محال است منتهی این محال به تقریرات مختلف در کلام تستری بیان شد: در وجه سوّم محذور خروج از ملک قبل از ورود به ملک مطرح شد، در وجه چهارم محذور اجتماع ضدین عنوان شد و در وجه پنجم محذور دور و معاوضهٔ بلا عوض ذکر شد. (قبلاً ضمن نکته‌ای اشاره شد که حتّی بر مبنای کشف حقیقی هم محذوری پیش نمی‌آید.)

قوله: السادس:

وجه ششم از وجوه قول به بطلان: هر یک از اجازه و ردّ بیع فضولی گاهی قولی است و گاهی فعلی به عبارت دیگر: گاهی انشاء اجازه یا ردّ و فسخ بوسیلهٔ قول محقّق می‌شود و گاهی توسّط فعل حاصل می‌شود: انشاء اجازه به قول آن است که: صریحاً مالک اصلی در مقام امضاء بیع بگوید: **اَجَزْتُ، اَمْضَیْتُ، رضیتُ** و... انشاء اجازه به فعل آن است که: مالک اصلی فعلی که از لوازم اجازه است و با اجازه لازم و ملزوم می‌باشد انجام دهد، مثلاً پس از اطلاع از بیع فضولی، در ثمن تصرّف نماید که کاشف از اجازهٔ بیع است.

انشاء فسخ و ردّ بوسیله قول آن است که مالک اصلی بگوید: **فَسختُ** یا **رَدَدْتُ** یا **ابطلتُ** و... و انشاء فسخ توسّط فعل آن است که کاری انجام دهد که لازمهٔ فسخ کردن است، فی المثل پس از اطلاع از بیع فضولی با علم و قصد و التفات و به نیّت ردّ بیع فضولی در مبیع تصرّف ناقل یا متلف انجام دهد.

حال در ما نحن فیه هم (من باع شیئاً ثم ملکه...) فسخ فعلی است، زیرا وقتی مالک

اصلی مبیع را به خود فضولی فروخت پس بدست خویش مبیع را از ملک خود به دیگری منتقل کرد و ثمنِ آن را هم مالک شد زیرا که معاملهٔ دوّم از سوی خود مالک بوده و صحیح است و اثر که نقل و انتقال باشد بر آن مترتّب می‌شود، پس وی مالک ثمن در عقد جدید شد و این معنی با امضاء عقد فضولی و حکم به صحّت عقد اوّل (عقد فضولی) قابل جمع نیست، زیرا صحّت عقد اوّل بدان معنی است که مالک اصلی، ثمن عقد اوّل مالک شود، و چون عقد ثانی از خود مالک بوده و صحیح است، فسخ عقد اوّل محسوب می‌شود (فسخ فعلی) و فرق ندارد که مالک اصلی از بیع فضولی مطّلع بود و بیع دوّم را انجام داد یا مطّلع نبود که حتّی در این فرض هم بیع ثانی صحیح شد نوبت به بیع اوّل نمی‌رسد و اجازهٔ بعدیِ مالک اصلی فایده‌ای ندارد.

(یا از باب اینکه اجازه مسبوق به ردّ فعلی است و شرط تأثیر اجازه این بود که مسبوق به ردّ نباشد، یا از باب اینکه پس از فروش متاع به بایع فضولی، مالک اصلی مالک متاع نیست تا اجازه‌اش مؤثّر باشد، اجازهٔ مالک ارزش دارد نه هر کس، و یا از باب اینکه محلّ اجازه فوت شده و مالک اصلی نمی‌تواند اجازه کند، و یا از باب اینکه تأثیر اجازه در صحّت عقد اوّل بدان معنی است که ثمن عقد اوّل هم به مالک اصلی برسد و این صحیح نیست زیرا یک متاع یکبار قابل بیع است و به یک ثمن معامله می‌شود نه به دو ثمن مستقّل) و معنای بطلان بیع فضولی جز این نیست که: اجازهٔ لاحق در آن مفید و مؤثر نباشد. (البته در طول استدلال سخن از اجازهٔ مالک اصلی بود و مستدّل، این را ردّ کرد، ولی هیچگاه از اجازهٔ مالک جدید سخنی به میان نیامد و نقطهٔ ضعف این دلیل در اینجا است و لذا بعداً در جواب، مرحوم شیخ از همین نقطهٔ ضعف استفاده خواهند کرد.)

قوله: و بالجمله:

در ادامه مستّدل بیع فضولی را به سایر عقود جایزه (هبهٔ جایزه، بیع خیاری و...) مقایسه کرده و می‌گوید: همانطوری که عقود جایزه قابل فسخ به فسخ فعلی هستند (به اینکه واهب در عین موهبه به هبهٔ جایزه، تصرّف نموده و آن را به دیگری بفروشد یا برای جائی وقف کند و... یا ذی الخیار در مدّت خیار مبیع به بیع جایز را به شخص دیگر به بیع لازم بفروشد و... که نزد فقهاء این تصرّفات و افعال از واهب و ذوالخیار به معنای فسخ

هبه یا بیع خیاری است.) همچنین در بیع فضولی هم که عقدی متزلزل است مثل عقود متزلزل دیگر با فسخ فعلی قابل فسخ است.

و بلکه اگر در سایر عقود فسخ فعلی روا است پس در بیع فضولی به طریق اولی جایز و مؤثر است، (وجه اولویّت: در سایر عقود اثری حاصل شده و ملکیّتی از اوّل آمده و مشتری یا متهبّ مالک شده‌اند منتهی به ملک جایز، معذلک فسخ فعلی کافی است و موجب انفساخ بیع می‌شود پس در بیع فضولی که تا اجازه نیاید اصلاً اثری نیست و معامله مراعا و متزلزل است و هنوز طرف مالک هم نشده به طریق اولی قابل فسخ به فسخ فعلی است.)

نتیجه: در ما نحن فیه **(من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه)** اجازهٔ مالک اصلی فایده‌ای ندارد زیرا که مسبوق به ردّ و فسخ مالک اصلی است و (فسخ فعلی) پس حکم به بطلان می‌شود.

قوله: و الجواب:

مرحوم شیخ در جواب این وجه مطالبی دارند که در دو بخش عرضه می‌کنند:

۱ـ در بخش اوّل اصل استدلال را پاسخ می‌دهند و در این بخش باز سخنانی دارند که در مجموع سه صورت تصویر می‌کنند و ما قدری ترتیب بحث را به هم می‌زنیم تا نظم طبیعی درست شود:

الف: گاهی مالک اصلی پس از اطلاع از بیع فضولی انشاء فسخ قولی می‌کند و صریحاً آن را ردّ می‌کند مثلاً می‌گوید: فسختُ البیع، ابطلته و... چنین فسخی یقیناً مؤثر است و قدر متقین و مصداق اکمل فسخ همین است و اگر صریحاً معاملهٔ فضولی را ردّ کرد، آن معامله باطل خواهد شد.

و دلیل مطلب دو امر است: دلیل اوّل اجماع است: اجماعی است که بدین وسیله انشاء فسخ صورت می‌گیرد و معامله باطل می‌شود.

دلیل دوّم عموم قاعدهٔ سلطنت است: الناس مسلّطون می‌گوید مردم بر اموال خویش سلطنت دارند پس مالک اصلی می‌تواند علاقهٔ دیگران را از مال خودش قطع کند و با فسختُ گفتن این کار را می‌کند.

ب: و گاهی مالک اصلی پس از اطلاع صریحاً انشاء فسخ نمی‌کند و فسخ قولی در

میان نیست ولی عملاً آن را ردّ می‌کند یعنی به قصد فسخ و به نیّت انشاء ردّ، کاری را که منافی با امضاء بیع فضولی باشد انجام می‌دهد مثلاً به قصد ردّ، مبیع به شخص بیع فضول را به شخص دیگر می‌فروشد یا آن را تلف می‌کند و... این تصرّف‌های ناقلانه یا متلفانه با نیّت مزبور، فسخ فعلی است و به نفس این کارها انشاء فسخ می‌کند، آنگاه نزد کسانی که فسخ فعلی هم کافی باشد، باز این کارها فسخ بیع است و بدنبال آن اجازه کردن تأثیری ندارد و لغو است.

ج: و گاهی مالک اصلی کاری را که منافی با اجازه و امضاء عقد فضولی باشد انجام می‌دهد ولی اصلاً از عقد فضولی اطلاع ندارد، یا اگر باخبر شده بود در حال انجام این کار به کلّی از آن غافل بود و یا اگر ملتفت هم بود قطع نظر از آن کرده نفیاً و اثباتاً کاری به بیع فضولی نداشت و در یک کلام فعل منافی مجرّد از قصد فسخ و ردّ بود، مثلاً شخصی فضولتاً زنی را به عقد مردی در آورده بود، آن زن پیش از اینکه باخبر شود رفت و با مرد دیگری ازدواج کرد و خود را به عقد او در آورد، این تزویج دوّم عملی است که با امضاء نکاح اوّل منافی است و قابل جمع نیست که هر دو صحیح باشد. یا مثلاً فضولی مال مردم را فروخته بود، مالک اصلی بدون اطلاع و التفات به بیع فضولی، آن را به دیگری (خود فضولی یا فرد دیگر) فروخت که این فعل منافی با صحّت و نفوذ عقد فضولی است و جمع آن دو نشاید، ولی این فعل منافی به معنای ردّ عقد فضولی و انشاء فسخ آن نیست چون قصد ردّ ندارد، آری حدّ اکثر این است که: فعل منافی که آمد محّل اجازهٔ مالک اصلی فوت می‌شود و از این حیث عقد فضولی از قابلیّت امضاء و اجازه خارج می‌شود،

آن هم در بعضی موارد مطلّقا و نسبت به همه کس محّل اجازه فوت شده مثل نکاح فضولی که پس از تزویج با مرد دیگر نه خود زن حق دارد نکاح فضولی را اجازه کند و نه شوهر او چنین حقی دارد، و شرعاً ممنوع است. و در بعضی موارد نسبت به مالک اصلی اجازه موضوع ندارد، مثل مورد بحث ما که وقتی مالک اصلی به خود فضولی فروخت، و بیع هم صحیح بود، جا ندارد که برگردد و بیع فضولی را هم امضاء کند، چون از این پس مبیع ملک او نیست تا اجازه‌اش مؤثر باشد و اجازهٔ مالک لازم است. ولی این منافاتی ندارد با جواز امضاء مالک جدید (که بحث ما هم در همین است) از سوی مالک جدید

نه ردّی صورت گرفته تا اجازه‌اش مسبوق به ردّ باشد و نه محلّ اجازه فوت شده است پس هیچ مانعی ندارد که مالک جدید آن را امضا کند و با امضا او معامله صحیح و لازم شود. (این بود سه صورت اصلی مطلبِ مرحوم شیخ در جواب وجه ششم، حال برگردیم و نکات ریز عبارت را بررسی کنیم.

قوله: و الجواب انّ...:

فسخ عقد فضولی عبارت است از انشاء ردّ عقد، پس فسخ و اجازه از انشائیّات هستند نه اینکه اخبار و حکایت باشند، و به نفس انشاء وجود پیدا می‌کنند، منتهی انشاء ردّ گاهی قول است و گاهی فعلی.

قوله: و امّا الفعل...:

مربوط به صورت سوّم است که مبسوطاً آوردیم.

قوله: نعم لو فسخ:

مربوط به صورت اوّل است که به ترتیب ذکر کردیم.

قوله: فالحاصل:

خلاصه و چکیدهٔ صورت سوّم است و آن اینکه: منظور مستدّل از اینکه گفت: بیع دوّم یعنی بیع مالک اصلی به خود فضولی فسخ عقد اوّل می‌باشد، چیست؟ اگر منظور آن است که: بیع دوّم فی الجمله (نسبت به خود مالک اصلی) مبطل اثر عقد اوّل است و خود مالک نمی‌تواند آن را امضاء کند، ما نیز قبول داریم ولی این منافاتی ندارد با جواز و نفوذ اجازهٔ مالک جدید. و اگر منظور آن است که: بیع مالک اصلی بالجمله عقد فضولی را باطل می‌کند بگونه‌ای که قابل لحوق اجازه حتّی از سوی مالک جدید هم نیست ما این را قبول نداریم، و هیچ دلیلی هم بر آن نداریم تا تسلیم شویم.

قوله: و تسمیة:

دفع دخل است: اگر کسی بگوید: ما شنیده‌ایم که گاهی همین فعل منافی را ردّ بیع فضولی می‌نامند در جواب خواهیم گفت: آری ردّ است ولی نسبت به فاعل این فعل که مالک اصلی باشد نه نسبت به مالک جدید.

قوله: نعم لو فرضنا:

مربوط به صورت دوّم است که قبلاً شرح کردیم.

قوله: و لذا لو فرضنا:

شاهدی ذکر می‌کنند بر اینکه مجرّد فعل منافی بدون قصد فسخ، مبطل عقد نیست، و آن اینکه، در همین مورد که مالک اصلی مبیع را به خود فضولی یا دیگری فروخته و قصد ردّ بیع اوّل را هم نداشته، اگر فرض کردیم که معامله دوّم فاسد و باطل بود و مبیع از مالک اصلی منتقل نشد آیا بیع فضولی به صرف این بیع فاسد، باطل شد و قابل اجازه نیست؟ خیر قابلیّت دارد که از سوی مالک اصلی اجازه شود و مؤثر باشد پس مجرّد فعل منافی با عقد فضولی به معنای انشاء فسخ فعلی نسبت به عقد فضولی نیست.

۲ـ قوله: و امّا الالتزام:

در بخش دوّم قیاسی را که در کلام مستدّل بود پاسخ می‌دهند: اینکه در باب هبه و بیع خیاری و سایر عقود جایز فقهاء فرموده‌اند: به مجرّد انجام کاری که منافی با صحّت اینها باشد (مثلاً مال موهوب را به دیگری بفروشد، یا مبیع را در زمان خیار به دیگری بفروشد و...) حکم به انفساخ بیع یا هبه می‌شود، برای آن است که: مال موهوب یا مبیع خیاری در مدّت خیار ملک مشتری یا متهّب گردیده و تصرّف واهب یا بایع در آن اگر به معنای فسخ معاملهٔ قبلی نباشد، تصرّف در مال غیر و حرام است، برای حمل فعل مسلم بر صحّت می‌گوییم: آناً مّا قبل از تصرّف معامله فسخ شده و وی در مال خودش تصرّف کرده است.

امّا در ما نحن فیه (بیع فضولی) تصرّف مالک و انجام فعل منافی با عقد مزبور، تصرّف در مال خود مالک است زیرا تا وقتی که اجازه نکرد از ملکش خارج نشده، و تصرّف در مال خودش متوقّف بر فسخ بیع فضولی نیست، بدون فسخ هم جایز است، حد اکثر این است که وقتی وی در مال خویش تصرّف ناقل انجام داد محلّ اجازه فوت می‌شود و نمی‌تواند بیع فضولی را امضاء کند.

قوله: و من ذلک:

از تفاوتی که میان عقود جایزه با ما نحن فیه گذاشتیم معلوم می‌شود که قیاس عقد جایز و متزلزل از اصل حدوث (بیع فضولی که تا اجازه نیامده معلّق و مراعا است واصل حدوث

آن متزلزل است.) به عقد جایز و متزلزل از حیث بقاء (سایر عقود جایز) قیاس مع الفارق است فرق همان است که در فراز قبلی یعنی و امّا الالتزام بیان شد.) آنگاه اصل قیاس صحیح نیست تا چه رسد به اولویّت و اینکه ما نحن فیه بطریق اولی فسخ فعلی را قبول کند.

قوله: السابع:

وجه هفتم و آخرین و مهمترین وجه از وجوه قول به بطلان که قدری مرحوم شیخ اعظم را به زحمت انداخته، استناد به اخبار و روایات است، که مستدّل یعنی محقّق تستری به دو طایفه روایت تمسّک کرده:

طایفهٔ اوّل اخبارِ مستفیضهٔ (از سه روایت به بالا است) عامّه است که رسول اکرمﷺ در روایاتی از بیع ما لیس عندک نهی کرده‌اند و فرموده‌اند: «لا تبع ما لیس عندک»[1] و در مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی در رابطه با بیان ادلّه قول به بطلان بیع فضولی مبسوطاً در رابطه با این روایات بحث شد، و اینک به مقدار لازم نکاتی را بیان می‌کنیم: نهی مذکور در این اخبار (لَا تَبِعْ) نهی مولويِ تعبّدی نیست زیرا قطعاً بیع یعنی انشاء تملیک و تملّک و ایجاب و قبول بر زبان جاری کردن حرام نیست و در مال کسی تصرّفی نشده بلکه موجب و قابل در زبان خود تصرّف کرده‌اند. پس نهی ارشادی است یعنی ارشاد به فساد و بطلانِ بیع مزبور است یعنی بی‌جهت به خودت زحمت نده و انشاء بیع نکن که فایده‌ای ندارد و اثری بر آن مترتّب نیست و موجب نقل و انتقال نمی‌شود.

و منظور از ما لیس عندک، این نیست که: مالی را که در پیش روی تو نیست نباید بفروشی بلکه منظور اینست: بر مالی که در اختیار تو نیست و تو بر آن سلطنت نداری و قدرت بر تسلیم آن به مشتری نداری، نفروش حال مالک باشی و قدرت بر تسلیم نداشته باشی مثل عبد آبق، دابّهٔ شارد، متاع گمشده و... یا مالی که متعلّق حقّ مرتهن و غارم و... می‌باشد، و یا در سایهٔ اینکه مالک نیستی قدرت بر تسلیم نداشته باشی که فضولی از این قبیل است. پس حدیث نبویﷺ یا مخصوص ما نحن فیه است و یا به عمومش اینجا را

---

۱. مسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۷۴ به بعد، باب هفتم از ابواب احکام عقود حدیث ۲ و ۳ و ۴ و ۵.

نیز شامل است. و کیفیّت استدلال به اخبار مزبور به قرار ذیل است:

در این روایات دو احتمال وجود دارد:

۱ـ یا دلالت می‌کنند بر اینکه بیع فضولی مطلقاً فاسد و باطل است چه نسبت به مالک اصلی و چه نسبت به بایعِ فضولی، و برای هیچکدام واقع نمی‌شود. طبق این احتمال روایات نبوی صلی الله علیه و آله یکی از ادلّهٔ بطلانِ مطلقِ بیعِ فضولی می‌باشند، کما اینکه در مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی طرفداران بطلان بیع فضولی بدان استناد کردند، آن‌گاه به عمومشان ما نحن فیه را نیز (مَنْ باع شیئاً ثم ملکه فاجازه) شامل می‌شوند و بر بطلان بیع مزبور دلالت می‌کنند.

۲ـ و یا دلالت می‌کنند بر اینکه بیع فضولی نسبت به شخص مخاطب (یعنی بایع فضولی) فاسد است چون مستقیماً به او خطاب کرده و می‌فرماید: لَا تَبِعْ، و برای وی واقع نمی‌شود (با قطع نظر از اینکه برای مالک اصلی قابل وقوع هست یا نه) و ما سابقاً همین احتمال را از این اخبار استفاده کردیم، طبق این احتمال اخبار مستقیماً بر بطلان بیع فضولی نسبت به بایعِ فضولی دلالت دارند، و قیدی هم در آنها نیست یعنی از این حیث اطلاق دارند که: چه بعداً فضولی مالک بشود و چه مالک نشود، و بلکه عمدهٔ نظر به فرض مالک شدن است، زیرا اگر بعداً مالک نشود پر واضح است که بیع برای او واقع نمی‌شود و نیازی به گفتن ندارد، آری فرض تملّک بعدی قابل ذکر است که کسی خیال می‌کند پس از تملّک، بیع مزبور صحیح می‌شود، ولی اطلاق روایت می‌گوید: و لو مالک هم بشود صحیح نیست، باز مالک هم که شد لا فرق که بیع قبلی را امضاء بکند یا ردّ کند در هر حال باطل است. پس از اخبار عامّه به دو بیان بطلان بیع فضولیِ مورد بحث مستفاد است.

طایفهٔ دوّم: اخبار خاصّه: از اخبار خاصّه که هر کدام مخصوصِ مورد خاصّی است، پنج روایت را ذکر می‌کنند، و البته روایات بیش از اینها است:

روایت اوّل: روایت یحیی بن حجّاج است (که تا شخص او روات حدیث امامیِ عدل می‌باشد و روایت از حیث سند تا یحیی مصحّحه و تصحیح شده است، امّا راویان که قبل از او و رابط میان او و امام علیه السلام بوده‌اند صحّت آنها برای ما مسلّم نشده... در این رابطه

حاشیهٔ سیّد[1] ددیده شود.) راوی می‌گوید: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی مرا واسطه در خریدن چیزی می‌کند و به من می‌گوید: این پارچه یا این مرکب را از صاحبش برای من خریداری کن و آن را به من بفروش فلان مبلغ سود می‌پردازم، این چه حکمی دارد؟ امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد، اوّل برو و از صاحبش آن مرکب یا پارچه را خریداری کن و پیش از آنکه با صاحبش استیجاب کنی (یعنی تو از او طلب بیع کنی و بگوئی بِعْنِي و او بگوید: بعتُک) یا از او خریداری کنی (یعنی ایجاب و قبول باشد که تو بگوئی اشتریت بکذا او بگوید: بعتُ یا بالعکس، اوّلی استیجاب بود و این ایجاب و قبول است) حق نداری با این مردی که تو را واسطه کرده مواجبه کنی یعنی پیشاپیش ایجاب و قبول و انشاء عقد کنی و هنوز مالک نشده‌ای، بفروشی.[2]

کیفیّت استدلال: این حدیث صریحاً از مواجبهٔ بیع و انشاء عقد قبل از خریدن و مالک شدن نهی کرده و واضح است که نهی مزبور مولوی نیست بلکه ارشادی است یعنی این ایجاب و قبول باطل است و تأثیری ندارد و مطلوب مستدّل همین است.

روایت دوّم: خالد بن حجّاج می‌گوید: به امام صادق علیه السلام عرض کردم: مردی نزد من می آید و می‌گوید: این پارچه را خریداری کن و چنین و چنان به تو سود می‌دهم، این چه حکمی دارد؟ امام علیه السلام فرمود: آیا پس از اینکه از صاحبش خریدی باز هم آن مرد آزاد و مختار است و اگر خواست از تو می‌گیرد و اگر نخواست نمی‌گیرد؟ (یعنی آیا پیشاپیش الزام و التزامی صورت گرفته و ایجاب و قبولی انجام داده‌اید؟ یا صرف گفتگو بوده؟ عرض کردم: آری او مختار است. فرمودند: اشکالی ندارد. مفهوم کلام امام علیه السلام این است که: اگر پیش از خریدن و مالک شدن معامله کرده و مال مردم را به آن مرد فروخته‌ای اشکال دارد. و مطلوب مستدل هم همین است. سپس امام علیه السلام فرموده: انمّا یحلّل الکلام و یحرّم الکلام، یعنی منحصراً کلام است که محلّل است و منحصراً کلام است که محرّم است.[3] در این جمله احتمالاتی بود که در باب معاطات ذکر شد، و فعلاً بنابر یکی از سه احتمال مذکور در اینجا به این جمله استناد می‌کنیم:

---

۱. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۶۵.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۸ حدیث ۱۳.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۶ حدیث ۴

۱ـ منظور از کلام در هر دو مورد کلام واحد یعنی عقد و ایجاب و قبول باشد و هر دو هم نسبت به ما قبل خریدن و مالک شدن باشد، منتهی چگونه است که کلام واحد نسبت به زمان واحد هم مُحَلِّل است و هم مُحَرِّم؟ به این صورت که عدم همین کلام یعنی عدم عقد قبل از خریدن مُحَلِّل است و وجود آن محرّم و موجب حرمت است. پس اگر قبل از شراء عقدی بخواند موجب حلیّت تصرّف نیست.

۲ـ منظور از کلام در هر دو یک کلام (عقد) است ولی نسبت به دو زمان یعنی منحصراً کلام محلّل است اگر پس از خریدن و مالک شدن باشد و کلام مُحَرِّم است اگر پیش از خریدن و مالک شدن باشد.

۳ـ منظور از هر کدام کلامی باشد غیر از دیگری یعنی منظور از کلامی که محلِّل است عبارتست از مذاکره در باب قیمت و تراضیِ طرفین بر آن که اینها پیش از عقد ایرادی ندارد. و منظور از کلامِ محرِّم عبارتست از عقد و ایجاب و قبول که قبل از خریدن و مالک شدن اگر بفروشد این فروش موجب حلیّت تصرّف نمی‌شود.

و طبق هر سه احتمال دلیل آن است که قبل از مالک شدن اگر بفروشد بیع باطل است. پس مَنْ باعَ شیئاً ثم ملکه... بیعش باطل است.

روایت سوّم: صحیحهٔ محمد بن مسلم: از امام علیه السلام پرسیدم: مردی نزد مرد دیگری رفته و از او خواسته تا متاعی را برایش خریداری کند و به او قول داده که امید است من آن متاع را به معاملهٔ نقد یا نسیه از تو خریداری کنیم، آن مرد رفت و برای خاطر شخص آن متاع را ابتیاع کرد، این چه حکمی دارد؟

امام علیه السلام فرمود: اشکالی ندارد، و در مقام تعلیل به صورت حصر فرمود: منحصراً آن مرد از این شخص متاع را می‌خرد پس از اینکه این شخص از صاحبش خریده و مالک شده.[۱]

مفهوم حصر کلام امام علیه السلام این است که: اگر قبل از خریدن و مالک شدن، از او خریداری کند محلّ اشکال است.

روایت چهارم: صحیحهٔ منصور بن حازم از امام صادق علیه السلام[۲] که چون مثل صحیحهٔ

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۷ حدیث ۸.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم، ص ۳۷۶ حدیث ۶.

قبلی است و طرز استدلال هر دو به مفهوم حصر است نیازی به اعاده نیست.

روایت پنجم: صحیحهٔ معاویة بن عمّار: از امام صادق علیه السلام پرسیدم: مردی نزد من می‌آید و از من می‌خواهد که مقداری ابریشم به او بفروشم، و فعلاً نزد من ابریشمی وجود ندارد، با یکدیگر درباره سود و مدّت، مقاوله و قولنامه گفتگو می‌کنیم و هنگامی که بر امری اجتماع و اتّفاق پیدا کردیم، من می‌روم و مقداری ابریشم خریداری می‌کنم سپس آن شخص را دعوت می‌کنم که بیاید و آنها را ببرد این چه حکمی دارد؟ امام فرمود: بگو بدانم آیا چنین است که اگر آن شخص مبیع بهتر و محبوبتری پیدا کند قدرت و اختیار دارد که آن را خریداری کند و تو را به حال خودت وا گذارد و از تو خریداری نکند؟ یا تو اگر مشتری بهتری پیدا کردی آیا مختاری که این ابریشم‌ها را به اوّلی نفروخته و به دوّمی بفروشی؟ (یعنی پیشاپیش ایجاب و قبولی انجام نداده و یکدیگر را ملزم نکرده‌اید؟) عرض کردم: آری هر کدام مختاریم، فرمود: پس اشکالی ندارد،[1] مفهوم کلام علیه السلام این است که: اگر جلوتر الزام و التزامی صورت گرفته و معامله‌ای انجام دادید اشکال دارد.

مضافاً به روایات مذکور، روایات دیگری نیز داریم که همین مضامین را دلالت دارند.[2]

قوله: و لا یخفی:

مستدّل می‌گوید: این روایات برخی از حیث مورد (مثل روایات یحیی بن حجّاج و صحیحهٔ معاویة بن عمّار که موردش معاملهٔ مالی است که هنوز مالک نشده) و برخی از حیث تعلیل (مثل روایت خالد بن حجاج و صحیحهٔ محمد بن مسلم و منصور بن حازم که کلمهٔ انّما داشت که در مقام تعلیل بود) دلالت دارند بر اینکه: فروختن مال مردم پیش از خریدن آن از صاحبش صحیح نیست و باید بگونه‌ای باشد که شخصی که رفته از صاحبش متاع یا پارچه یا مرکبی را خریده و مالک شده آزاد و مختار و مستقل باشد و اگر خواست بفروشد و اگر نخواست نفروشد و بگونه‌ای نباشد که پیشاپیش الزام و التزامی صورت گرفته و هنوز مالک نشده مال مردم را فروخته باشد، وگرنه معامله اشکال

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۷۷، باب هشتم حدیث هفتم.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب هشتم روایات دیگری که مرحوم محدّث عاملی ذکر کرده‌اند.

خواهد داشت. پس مَنْ باع شیئاً ثم ملکه... باطل است چون پیشاپیش بیع محقّق شده است.

قوله: و الجواب:

مرحوم شیخ از هر دو طایفه روایات پاسخ می‌دهند:

امّا از طایفهٔ اوّل یا عمومات: همانگونه که در مسألهٔ اوّل از مسائل بیع فضولی در جواب از اخبار عامّه گفتیم، در اینجا نیز می‌گوییم: قبول داریم که بیع ما لیس عندک شرعاً متعلّق نهی واقع شده و لا تبع صریح در نهی است، و نیز قبول داریم که نهی مزبور مولویِ تکلیفی نیست بلکه ارشادی وضعی است و دالّ بر فساد است و بیع ما لیس عنده فاسد است ولی معنای فساد بیع مزبور آن است که: اثر مقصود بر آن بار نمی‌شود.

سؤال: اثر مقصود کدام است؟ جواب: اثر مقصود یعنی اثری که متعاملان از معامله و بیع قصد دارند و عرفاً آن را اثر بیع می‌دانند.

سئوال: عرف و متعاقدین چه چیز را قصد دارند؟

جواب: این را که برخود این معامله اثر بار شود و نفس بعتُ و قبلتُ موجب نقل و انتقال باشد و به صورت منجّز و حتمی ملکیّت بر آن مترتب شود و حالت منتظره نداشته باشد بگونه‌ای که: بایع فضولی بتواند بلافاصله پس از بیع در ثمن تصرّف کند و آن را از مشتری مطالبه کند، و متقابلاً مشتری هم حق داشته باشد از بایع فضولی مثمن را مطالبه کند و بخواهد که بایع مبیع را به وی تحویل دهد و خلاصه اینکه تمام آثار ملک از اوّل مترتّب شود. و بالجمله: بیع سبب تامّ و علّت مستقّل برای نقل و انتقال باشد، حال معنای فساد بیع آن است که اثر مزبور بر آن مترتّب نشود.

[سئوال: به چه دلیل معنای فساد این است؟

جواب: به قرینهٔ مقابله، فساد در مقابل صحّت است و صحّت بیع به معنای ترتّب اثر مقصود است چنانکه بعداً در والحاصل با مثال توضیح خواهند داد، و فساد هم به معنای عدم ترتّب اثر مقصود است.] و این معنا از فساد منافاتی ندارد با اینکه اثر غیر مقصود بر بیع فضولی مورد نظر مترتّب شود و بیع مزبور جزء سبب از برای نقل و انتقال باشد و قابلیّت داشته باشد که با لحوق اجازه صحیح و تامّ گردد. و عموماتِ ناهیه این فرض را شامل نیست، در نتیجه عمومات صحّتِ بیع فضولی و نیز روایات خاصّهٔ دالّ بر

صحّت، این را شامل می‌شود و وجهی برای بطلان آن نیست، و ما نیز همصدا با شما می‌گوییم: بیع فضولی بدون اجازه و به عنوان سبب تامّ و منجّز، مؤثّر نیست ولی سخن در تأثیر آن در فرض لحوق اجازه است و دلیل شما این فرض را شامل نشد.

قوله: و منه یظهر:

و امّا جواب از طایفهٔ دوّم یا خصوصات: این اخبار نیز دلالت دارند بر اینکه: پیش از تملّک و مالک شدنِ بایع نسبت به مبیع، الزام و التزام طرفین ممنوع است و بایع حق ندارد مشتری را به پرداخت ثمن ملزم سازد و مشتری هم حق ندارد بایع را به اشتراء مبیع از مالک اصلی و سپس تسلیم آن به مشتری ملزم بسازد، و در مورد همهٔ روایات خاصّه سخن از این بود که اگر طرفین بعد از ابتیاع بایع فضولی، مختار و مخیّرند اشکالی نیست ولی اگر ملزم و مجبورند محلّ اشکال است و مفهوم روایات این را ردّ می‌کرد، مخصوصاً اینکه در بعضی روایات سخن از مواجبهٔ بیع قبل از استیجاب بود و امام علیه السلام می‌فرمود: «**لا تواجبه البیع قبل ان تستوجبها**» که مواجبه یعنی ایجاب و الزام طرفین و انجام بیع به طور منجّز و حتمی و قاطع، قبل از خریدن و مالک شدن آن هم بگونه‌ای که پس از ابتیاع نیازی به اجازه مالک نباشد اشکال دارد. و منافاتی ندارد با اینکه معاملهٔ مزبور با لحوق اجازهٔ مالک صحیح باشد. و ما در معاملهٔ فضولی در فرض اجازهٔ مالک حکم به صحت می‌نمائیم نه مطلقاً. پس این اخبار هم به ضرر ما نیست و فرض صحّتِ بیع فضولی بالحوق اجازه را شامل نیست و منع نمی‌کند.

قوله: و ما قیل:

مستشکل می‌گوید: این روایات مطلقاً دلالت دارند که بیع مالیس عندک باطل است و چیزی را که هنوز مالک نشده بفروشی فاسد است حتّی اگر اجازهٔ مالک بدان لاحق شود، بیان ذلک: مورد روایات آنجائی است که بایع پس از اشتراءمبیع از مالک اصلی، آن را به مشتری تسلیم می‌کند و اصلاً به نیّت او و برای او خریده است، و تسلیم مزبور یک نوع اجازهٔ فعلی نسبت به بیع فضولیِ سابق است و معذلک روایات خاصه می‌فرمود: قبل از مالک شدن، حقّ نداری معامله کنی پس اجازه هم مؤثر نیست.

قوله: مدفوع:

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: هر تسلیمی که اجازه نیست، بلکه تسلیم دو نوع است:

۱ـ تسلیمی که از طیب نفس و رضایت خاطر و اختیار و استقلال سر چشمه می‌گیرد و مالک اصلی با اینکه می‌توانست تسلیم نکند ولی این کار را می‌کند، بدون آنکه کسی او را مجبود سازد.

۲ـ تسلیمی که از اعتقاد به لزوم بیع سر چشمه می‌گیرد، یعنی اگر بایع مبیع را به مشتری می‌دهد به گمان اینکه معامله صحیح و لازم است و از لوازم و آثار آن تسلیم مبیع است و خیال می‌کند که باید تسلیم کند و اگر نکند جبراً از او اخذ می‌شود.

حال تسلیم از نوع اوّل اجازهٔ فعلی است ولی در ما نحن فیه تسلیم از نوع دوّم مطرح است و بایع فضولی به گمان اینکه معامله‌اش صحیح است و باید مبیع را به مشتری تحویل دهد، تسلیم می‌کند و چنین تسلیمی اجازهٔ فعلی نیست تا بگوئید: اخبار خاصّه فرقی میان صورت اجازه و عدم اجازه نمی‌گذارد و از اصل و اساس حکم به بطلان می‌کند.

قوله: نعم:

مستشکل می‌گوید: در بعضی روایات امام علیه السلام فرمود: لا بأس، یعنی اشکالی نیست و آن را معلّل کرد به اینکه: الیس ان شاء اخذ و ان شاء ترک؟ یعنی علّت عدم بأس این است که مشتریِ اصیل مختار است و ملزم نیست، مفهومش آن است که اگر الزامی بود معامله اشکال دارد و فیهِ بأسٌ از طرفی هم قبلاً گفتیم به حکم عموم «اوفوا» طرف اصیل ملزم است و حق ردّ و فسخ ندارد و باید منتظر بماند تا مالک اصلی اجازه یا فسخ کند، پس در معامله فضولی هم الزام هست و مشمول مفهوم حدیث مزبور است و باید گفت: فیه بأس یعنی از ریشه باطل است و اجازهٔ بعدی هم کاری از پیش نمی‌برد.

قوله: لکن الظاهر:

مرحوم شیخ می‌فرماید: الزام فی الجمله که در بیع فضولی وجود دارد ملاک نیست بلکه الزام بالجمله و طرفینی ملاک است و مشمول مفهوم حدیث مزبور است، زیرا که روایت یحیی بن حجّاج می‌گفت: «**لا تواجبه البیع**» و مواجبه باب مفاعله است و باب مفاعله بر مشارکت میان دو کس دلالت دارد و باید ایجاب و الزام طرفینی باشد تا قبل از مالک شدن محلّ اشکال باشد ولی در بیع فضولی الزام طرفینی نیست، یکطرف ملزم است که طرف اصیل باشد و طرف دیگر ملزم نیست و مختار است که پس از مالک شدن امضا

بکند یا نه، پس مشمول مفهوم حدیث مزبور نخواهد بود، و مورد اشکال و بأس نیست.

قوله: و الحاصل:

اصل جواب از اخبار عامّه و خاصّه را به بیان کامل‌تر و با ذکر مثال بیان می‌کنند: ما نیز قبول داریم که اخبار و روایات عامّه و خاصّه از بیع ما لیس عندک و بیع قبل از تملّک منع کرده و چنین نهیبی قابل انکار نیست. و نیز ما هم قبول داریم که نهی مزبور یک نهی مولویِ تکلیفی نیست بلکه ارشادیِ وضعی است و همه آن را قبول دارند و احدی در آن مناقشه نکرده، منتهی سخن ما این است که: فساد بیع مزبور به این معنی نیست که از ریشه باطل و لغو است و هیچ اثری ندارد، بلکه بدین معنی است که اثر مقصود بر آن مترتّب نمی‌شود، به قرینهٔ مقابله که معنای صحّت بیع عبارت است از ترتّب اثر مقصود، و حکم شارع به ترتیب این آثار، پس در مقابل فساد هم باید به معنای عدم ترتب اثر مقصود باشد.

قوله: مثلاً:

از باب مثال اگر شارع مقدّس می‌فرمود: بیع قبل از تملّک صحیح است و اثر مقصود بر آن مترتّب می‌شود لازمه‌اش این بود که آثار زیر مترتب شود: ۱ـ نقل و انتقال و حصول ملکیّت ۲ـ بایع حق داشت در ثمن تصرّف کند. ۳ـ مشتری حق داشت از بایع مثمن را مطالبه کند و از او بخواهد که او برود از مالک اصلی خریده و آن را به مشتری تسلیم کند. ۴ـ پس از تحصیل و به دست آوردن مبیع بایع حق نداشت از تسلیم آن به مشتری امتناع ورزد. متفرّع بر این، معنای فساد بیع هم این است که این آثار بر بیع مترتب نمی‌شود ولی این منافاتی ندارد بالحوق اجازه و قابلیّت وی برای اینکه مالک اصلی یا مالک حین الاجازه آن را اجازه کند و صحیح و لازم شود.

قوله: و لا یجب:

چنین نیست که اگر قائل به فساد شدیم و گفتیم نهی مزبور دالّ بر فساد و بطلان منهی عنه یعنی بیع قبل از تملّک است. لازمه‌اش این باشد که معاملهٔ مزبور مطلقاً لغو و بی اثر باشد، حتی پس از مالک شدن و اجازه کردن هم بی‌اثر باشد. بلکه لازمه‌اش این است که بیع مزبور به نحو منجّز و بدون انتظار اجازه و لحوقِ آن باطل است نه با اجازهٔ بعدی، از قضا از دلیل شما هم بیش از این استفاده نمی‌شود، زیرا دلیل شما می‌گوید: لا تبع ما لیس

عندک و ارشاد به این است که: این بیع شما واقع نمی‌شود و آن مقصود شما که نقل و انتقال منجّز است مترتّب نمی‌شود ولی دلالت ندارد که معاملهٔ مزبور من جمیع الجهات لغو باشد و حتّی با اجازهٔ بعدی هم قابل تصحیح نباشد.

قوله: فافهم:

شاید امر به دقّت باشد و شاید امر به مطلبی باشد که ذیلاً در اللّهم الاّ ان یقال بیان شده و مرحوم سیّد در حاشیه همین را ذکر کرده و فرموده: نهی **لا** تبع ما لیس عندک مانند نهی از بیع غرری و ربوی و مانند آن است و چنان که نهی در آن‌ها بر فساد و بطلان بیع از ریشه دلالت دارد و به هیچ وجه قابل تصحیح نیست، نهی در ما نحن فیه نیز دلالت دارد بر اینکه: بیع ما لیس عندک از ریشه فاسد و باطل است و چنین نیست که با اجازهٔ **لا** حق قابل تصحیح باشد. اگر فافهم اشاره به این مطلب باشد باید گفت: جوابهائی که تا به حال مرحوم شیخ از اخبار و روایات دادند دردی را دوا نمی‌کند.

قوله: اللّهم الّا ان یقال:

این فراز استدراک از والحاصل و یا از مطلبی است که در فراز قبلی تحت عنوان: **لا یجب...** بیان کردند، بیان مطلب: ابتدا کبرای کلّی و سپس صغرای آن را که مسألهٔ ما باشد بیان می‌کنند، امّا کبرای کلّی: اگر در نظر شارع معامله‌ای به طور مطلق و بی‌قید و شرط صحیح یا فاسد باشد، قاعدتاً باید در مقام بیان و در ظاهر خطاب به نحو مطلق به صحت یا فساد آن حکم کند، ولی اگر عملی مقیّد و مشروط بود و با قید و شرطی صحیح یا فاسد بود، در اینجا نباید خطاب را مطلق بیاورد و به طور کلّی حکم به صحت یا فساد نماید، بلکه بایستی خطاب را مقیّد کند، خواه مقیّد به امر متقدّم باشد یا به امر مقارن و یا به امر متأخر که مورد بحث ما است، فی المثل رهن به نحو مطلق نه صحیح است و نه باطل، بلکه اگر به دنبال صیغهٔ رهن قبض و اقباض محقّق شود (**فرهانٌ مقبوضة**[1]) چنین رهنی محکوم به صحّت است و الاّ فلا پس حکیمانه نیست و بجا نمی‌باشد اگر به طور مطلق بگوید: لٰا رَهْنَ یعنی رهن در اسلام باطل و نامشروع است بلکه باید بگوید: **لا رهن بدون القبض یا لا رهن الاّ مع القبض و...**

---

۱. سورهٔ بقره / ۲۸۳.

یا مثلاً در باب هبه از نظر شارع قبض مال موهوب شرط صحّت هبه و اگر باشد هبه صحیح است و الّا فلا، باز نمی‌تواند به طور مطلق بگوید: **لا هِبَةَ** یعنی هبه در اسلام تشریع نشده بلکه باید بگوید: لا هِبَةَ الاّ مع القبض، و هکذا در بیع صرف و سلم و... و ضمناً کاری نداریم که عرف و عقلاء قبض مزبور را شرط می‌دانند یا نمی‌دانند، شرعاً معتبر است و باید در خطاب ذکر شود و نبایستی به طور مطلق از هبه و رهن و... نهی کند.

و امّا تطبیق کبرای مزبور بر ما نحن فیه: از دیدگاه عرف، طرفین می‌توانند مالی را قبل از تملّکِ بایع مورد معامله قرار دهند و به صورت منجّز و بدون انتظار اجازهٔ لاحق بر آن اصرار کنند، و عرفاً اجازهٔ لاحق معتبر نیست. ولی شرعاً اگر معتبر باشد حتماً باید شارع مقدس خطابش را به آن مقیّد کند و بفرماید: اگر اجازه آمد صحیح است و اگر اجازه نیامد فاسد است و نمی‌تواند خطاب را مطلق بیاورید، در حالی که اخبار مذکور در وجه هفتم که از بیع قبل از تملّک نهی می‌کرد، مطلق بود یعنی می‌فرمود: «**لا تبع ما لیس عندک**» و مقیّد نبود به اینکه: **لا تبع بدون الاجازة، یا لا تبع الّا مع الاجازة و**... از این نهی به طور مطلق استفاده می‌کنیم که بیع ما لیس عنده یا بیع قبل از تملّک مطلقاً فاسد است خواه بعداً اجازه بکند یا نکند.

قوله: فالا نصاف:

در حقیقت چکیدهٔ فراز قبلی یعنی اللّهم... است: روایات از بیع قبل از تملّک نهی کرده، نهی هم ظهور در حرمت و ضعی یعنی فساد دارد و ارشاد به آن است، و نهی مزبور هم مطلق است و به فرض نبود اجازه مقیّد نشده پس از ظاهر نواهیِ مزبور این نتیجه را می‌گیریم که: بیع قبل از تملّک مطلقاً باطل است و برای بایع فضولی واقع نمی‌شود چه بعداً مالک بشود یا نشود، و بر فرض مالک شدن چه بعداً اجازه بکند یا نه، پس باید به حکم اخبار مزبور بگوییم: «**مَنْ بٰاعَ شیئاً ثم ملکه فاجازه**» باطل است.

قوله: و امّا صحّته:

حکم به بطلان نسبت به بایع فضولی و مالک جدید بود. و امّا نسبت به مالک اصلی [اگر به بایع فضولی تملیک نکند و خودش بخواهد معامله را اجازه کند] حکم این است که: او اگر اجازه کرد معامله محکوم به صحت خواهد بود، زیرا نهی موجود در روایات که **لا تبع ما لیس عندک و**... بود مستقیماً به بایع فضولی خطاب کرده و او مشمول نهی است و

امّا نسبت به مالک اصلی نهیی وارد نشده پس بر می‌گردیم به عمومات و اطلاقاتِ صحّت بیع فضولی و وقوع آن برای مالکِ اصلی با اجازهٔ لاحق.

قوله: نعم:

این فراز استدراک از فراز قبل یعنی **اللّهم...** است یا از فالانصاف که چکیدهٔ آن فراز بود: در فراز قبلی تا به حال ثابت شد که بیع قبل از تملّک نسبت به بایعِ فضولی باطل است. ولی در این فراز می‌خواهیم ثابت کنیم که: از اخبار و روایات، بطلان استفاده نمی‌شود بلکه حدّاکثر مرجوحیّت و کراهت مستفاد است، بیان مطلب: مبیع گاهی کلّی و در ذمّه است یعنی فروشنده صد من گندم کلّی را با توصیفی که دافع غرر و جهالت باشد می‌فروشد در حالی که فعلاً و حالاً یک مثقال گندم ندارد. چنین معامله‌ای از نظر مذهب امامیّه محکوم به صحّت است و تردیدی در آن نیست. ولی از لحاظ بعضی از عامّه محکوم به بطلان است به استناد اینکه نبیّ اکرم صلّی الله علیه و آله فرمودند: «**لا تبع ما لیس عندک...**» و گاهی جزئی و عین خارجی است یعنی این پارچه یا آن مرکب و... را می‌فروشد و می‌گوید: «**بعتُ هذا الثوب**» که با کلمهٔ هذا اشاره به مشار الیه معیّن و محسوسی می‌نماید.

حال اخبار و روایاتی که در وجه هفتم قبلاً مطرح شد دو دسته‌اند:

۱ـ بیشتر آنها در موردی است که مبیع کلّی باشد، اخبار عامّه یعنی «**لا تبع ما لیس عندک**» ظاهرش همین است. روایت صحیحهٔ منصور بن حازم، معاویة بن عمّار، محمّد بن مسلم از روایات خاصّه نیز در این مورد است چون سخن از این بود که **ابتع لی متاعاً، اشترلی متاعاً، یطلب منّی بیع الحریر...** و «**متاعاً**» کلّی است و «**الحریر**» نیز اسم جنس و کلّی است و قابل صدق بر کثیرین است.

۲ـ برخی از آن روایات هم در مورد عین خارجی بود، مثل روایت خالد بن حجاج و یحیی بن حجّاج که سخن از: **اشترلی هذا الثوب او هذه الدابّه** بود و «**هذا**» اشاره به شیئی معیّن خارجی است.

حال در مورد طایفهٔ اوّل دو ظهور مطرح است:

۱ـ نهی در آن روایات ظهور در تحریم وضعی یعنی فساد دارد.

۲ـ نهی مزبور ظهور در بیان حکم واقعی دارد و ظاهرش این است که در این مقام است. ولی اخذ به این دو ظهور و در نتیجه حکم به بطلان بیع کلّیِ در ذمّه مخالف با

مذهب امامیّه است و لذا ناچاریم از اینکه در یکی از دو ظهور تصرّفی انجام دهیم: یا از ظهور نهی در تحریم صرفنظر نموده و آن را بر کراهت حمل کنیم و بگوییم: بیع مزبور مرجوح است نه باطل. و یا از ظهور در بیان حکم واقعی رفع ید کرده و آنها را بر تقیّه حمل کنیم، به این دلیل که حکم به بطلان مطابق با فتوای بعض العامّه است، و این روایات هم در ظاهر همین را می‌گوید، پس در مقام تقیّه صادر شده نه در مقام بیان واقع. پس این روایات به ضرر ما تمام نشد و دلیل بر بطلان بیع کلّی قبل از تملّکِ آن نشد.

و در مورد طایفهٔ دوّم هم می‌گوییم: به قرینهٔ وحدت سیاق [سیاق و آهنگ اخبار عامّه و وارد در مورد مبیع کلّی با آهنگ دو خبر وارد در مبیع شخصی یکی است. و در هر دو امام علیه السلام می‌فرماید: **الیس ان شاء اخذ و ان شاء ترک و...**] این‌ها را نیز بر کراهت و مرجوحیّت حمل می‌کنیم و می‌گوییم: بیع قبل از تملّک کراهت دارد و باطل نیست. در نتیجه مطلبی را که در **اللّهم الاّ ان یقال...** آوردیم در اینجا تخریب کردیم.

قوله: لکن الاعتماد:

این فراز استدراک از فراز قبلی یعنی **نَعَمْ قد یحذش...** است و در صدد ترمیم و تثبیت مطلبی است که در **اللّهم...** بیان کردند: می‌فرماید: ما به دو دلیل می‌گوییم: بیع قبل از تملّک حرام و باطل است نه اینکه صرفاً مکروه باشد:

۱ـ ظهور دو روایت خالد و یحیی: این دو روایت در مورد مبیع شخصی بود و ظهور در بطلان بیع عین خارجی قبل از تملّک داشت، و اخذ به این ظهور منافاتی با مذهب امامیّه ندارد تا نیازمند به توجیه باشیم، تنها قرینه بر تصرّف در ظاهر، قرینهٔ وحدت سیاق بود که آن هم قرینهٔ مهمّی نیست و چون دو روایت مزبور استقلال دارند، به ظاهرش که نهی و فساد باشد اخذ می‌شود. [نظیر آیهٔ نفر که در سیاق آیات جهاد وارد شده و قبل و بعد آن همه جا سخن از جهاد فی سبیل الله است[1]، ولی این آیه در وسط بر نفر به سوی تفقّه و دین‌شناسی حمل شده است.] و نهی مزبور مطلق هم هست پس دلالت می‌کند بر اینکه: بیع مزبور باطل است ولو بعداً مالک شود و اجازه هم بکند.

۲ـ عموم مفهوم تعلیل در اخبار طایفهٔ اوّل: در ذیل روایاتی که موردش مبیع کلّی

۱. سورهٔ توبه / ۱۲۳.

است این تعلیل آمده: «انّما البیع بعد الشراء» یعنی منحصراً بیع پس از خریدن و مالک شدن است. مفهوم حصر آن است که: پس قبل از تملّک بیعی نیست یعنی بیع صحیح نیست و این مفهوم عمومیّت دارد و بیع کلّی و شخصی هر دو را شامل می‌شود، منتهی از عموم این تعلیل مورد مبیع کلّی خارج شده چون مذهب امامیّه بر صحت آن دلالت داشت. و مورد مبیع شخصی باقی می‌ماند و به حکم عموم تعلیل حکم به فساد و بطلانِ آن قبل از تملّک می‌شود.

قوله: فتدبّر:

اشاره است به اینکه: تعلیل مزبور در مورد مبیع کلّی وارد شده و اخراج آن از عموم تعلیل به معنای خروج مورد و تخصیص مورد است که قبیح و مستهجن است، پس نتوان از عموم تعلیل کمک گرفت چون تالی فاسد دارد، ولی همان دلیل اوّل یعنی دو روایت ما را بس است.

قوله: فالا قوی:

پس از محاسباتی که انجام شد و فراز و نشیبهایی که پشت سر گذاشتیم می‌گوییم: اقوی این است که به روایات مزبور [در وجه هفتم] عمل نموده و فتوی به منع و بطلانِ بیع مذکور [بیع قبل از تملّک] بدهیم، و مضافاً به دلیل مزبور از دو مؤیّد بهره‌مند هستیم:

۱ـ اجماع منقول که به زودی از علاّمه در دو کتاب تذکرة و مختلف خواهیم آورد.

۲ـ روایت حسن بن زیاد طائی: این روایت در مورد نکاح عبد است: عبدی بدون اذن مولایش اقدام به ازدواج کرده و پس از مدتی آزاد شده، از امام علیه‌السلام می‌پرسد: حال که آزاد شده‌ام آیا بر همان نکاح سابق و در دوران بردگی باقی بمانم یا باید تجدید نکاح کرده و عقد جدید بخوانم؟ امام علیه‌السلام پرسیدند: آیا موالیِ تو فهمیدند که تو ازدواج کرده‌ای یا نه؟ عرض کرد: آری دانستند و سکوت کردند و چیزی نگفتند. امام علیه‌السلام فرمود: همین سکوتِ آنان اقرار است و [آنها رضایت داده و نکاح تو را امضاء کرده‌اند] و تو بر همان نکاح سابق باقی هستی[1].

کیفیّت استشهاد: اینکه امام علیه‌السلام استفصال کرد و پرسید که: موالیِ تو مطلع شدند یا

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۶ باب ۲۶ حدیث سوّم.

نه... بهترین دلیل است بر اینکه مناط رضایت و امضای مالک اصلی و مالک در حال عقد است، نه مالک جدید، وگرنه خوب بود بفرمایند: تو الان آزاد شده‌ای و اختیار خودت را پیدا کرده‌ای و به طیب نفس بر نکاح باقی هستی و همین کافی است و نیازی به استفصال از حال مولی نبود، پس از استفصال مزبور مستفاد است که رضایت مالک جدید کافی نیست و باید مالک اصلی راضی باشد. در باب بیع فضولی هم مطلب از این قرار است که اگر مالک اصلی اجازه کرد ارزش دارد، ولی اگر مالک جدید امضاء کند ارزشی ندارد و معامله تصحیح نمی‌شود.

قوله: ثم انّ الواجب:

چه قائل شویم که اخبار عامّه و خاصّه [که در وجه هفتم ذکر شد] بر حرمت وضعی و بطلان بیع قبل از تملّک دلالت می‌کنند و چه قائل به کراهت و مرجوحیّت شویم، در هر حال باید بر مورد روایات اکتفا کنیم و حقّ نداریم به سایر موارد تعدّی کنیم و مورد اخبار مذکور بیع منجّز است یعنی قبل از اینکه بایع فضولی، مالکِ مبیع شود به طور حتم و جزم و منجّزاً مال مردم را بفروشد و مشتری هم به طور تنجیزی آن را خریداری کند و هرگز منتظر و مترقّبِ اجازهٔ مالک اصلی یا مالک جدید [بایع فضولی در فرض خریدن و مالک شدن] نباشد بلکه پیشاپیش مواجبه و الزام و التزام طرفینی صورت پذیرفته و طرفین، معامله را خاتمه یافته تلقّی کنند و مشتری خود را ملزم به پرداخت ثمن بداندو بایع هم خود را ملزم به خریدن مبیع از مالک اصلی و سپس تحویل آن به مشتری بداند. چنین فرضی مورد اخبار است و اخبار ناهیه از بیع ما لیس عندک ظهور در چنین بیعی دارند.

[دلیل این ظهور از زبان مرحوم شهیدی: **لعلّ نظره فی وجه الظهور الی دعوی تعارف هذا النحو من المعاملة و غلبة وقوع هذه الصورة من صور بیع ما لیس عنده بمعنی انّ الغالب فی بیع ما لیس عنده بیعه مثل بیع ما عنده فی التّنجیز و عدم ترقّب شیئی**[1] یعنی منشأ ظهور اخبار ناهیه در بیع منجّز آن است که: در خارج و در میان اهل معامله این نوع از بیع مرسوم و متعارف و فرد غالب است و اطلاقات بر فرد متعارف حمل می‌شود و به آن انصراف دارد.]

---

۱. هدایة الطالب، ص ۳۰۰.

اتّفاقاًاز کلام علاّمه ره در تذکره نیز همین فرض مستفاد است، آنجا که فرموده:

شرعاً جایز نیست [یعنی باطل است]که بایعی عین خارجی و شخصی‌ای را که ملک دیگری است، پیشاپیش و هنوز مالک نشده، بفروشد و بعد برود و از صاحبش خریداری کرده و به مشتری تحویل دهد و عقیدهٔ فرقهٔ شافعی و حنبلی از اهل سنّت هم همین است و بلکه در این مسأله مخالفی از علمای اسلام سراغ نداریم. و دلیل بطلان دو امر است:

۱ـ پیامبر ﷺ از بیع ما لیس عنده نهی کرده و فرموده: «**لا تبع ما لیس عندک**»، و به حکم این نهی، بیع مزبور باطل است.

۲ـ معاملهٔ مزبور غرری است «صغری» و بیع غرری منهی و باطل است «کبری» پس معاملهٔ مزبور فاسد است. بیان کبری در جای خود مسلّم است و رسول اکرم ﷺ از بیع غرری نهی فرموده، ولی بیان صغری این است که: بایع از کجا می‌داند که بعد از بیع خواهد رفت و از مالک اصلی خواهد خرید و آن را به مشتری تسلیم خواهد کرد؟ مگر وی علم غیب دارد؟ ای چه بسا مالک اصلی به او نفروشد و او مالک نشود و قادر بر تسلیم نباشد، و با این احتمال و عدم علم به بیع مالک اصلی، معامله کردن غرری است.

[محلّ شاهد در همین جمله است: در چه صورت معامله غرری و مشتمل بر غرر و جهالت و فریب است؟ در صورتی که منجّزاً بفروشد، امّا اگر معلّقاً و موقوفاً بر تملّک بعدی و اجازهٔ بعدتر، بفروشد که غرری نیست و نیز در چه صورتی وی قدرت بر تسلیم ندارد؟ در فرضی که منجّزاً بفروشد قدرت بر تسلیم ندارد، امّا اگر بیع را بر تملّک و اجازه موقوف کند و بگوید: اگر خریدم به شما تحویل دهم که محذوری ندارد، زیرا قدرت بر تسلیم بعد از تملّک هست و بیش از آن لازم نداریم. پس، از استدلالهای علاّمه به وضوح بلکه به صراحت، فرض بیع منجّز مستفاد است.]

سپس علاّمه فرموده: اگر مشتری مبیع کلّی را [صد من گندم] با توصیفی که دافعِ غرر و جهالت باشد بر ذمّهٔ بایع فضولی خریداری کند چه به بیع نقدی و چه نسیه‌ای بالاجماع محذوری ندارد و در مختلف نیز ادّعای اجماع کرده بر اینکه: بیع ما لیس عنده به صورت منجّز باطل است

قوله: استدلاله:

این فراز همان قسمت محّل شاهد است که در لابه لای نقل کلام علاّمه آوردیم.

قوله: فحینئذ:

حال که مورد اخبار معلوم شد، ذیلاً اموری را به عنوان فروع مطلب می‌آوریم: [فرع اوّل: اگر بایع فضولی پیش از مالک شدن، مبیع شخصی را به صورت منجّز بفروشد معامله‌اش باطل است و حتّی با اجازهٔ لاحق هم درست نمی‌شود، و دلیل بطلان اخبار ناهیه است.]

فرع دوّم: امّا اگر طرفین معامله کنند ولی نه به صورت منجّز، بلکه به صورت معلّق و مشروط و موقوف بر اجازه و به امید و انتظار این که خود مالک اصلی اجازه کند یا بایع فضولی بعداًمالک شود و اجازه کند معامله کردند، چنین فرضی مشمول اخبار ناهیه و معقد اجماع علاّمه نیست، و وقتی آن اخبار این فرض را شامل نشد، فرض مزبور مشمول عمومات و اطلاقاتِ صحّت بیع فضولی خواهد بود و باید گفت: با اجازهٔ بعديِ مالک اصلی یا مالک جدید، محکوم به صحّت است.

فرع سوّم: اگر طرفین لزوم معامله را بر تملّک بایع فضولی و انتقال مبیع به وی معلّق و موقوف کردند و گفتند یا مقصود باطنيِ آنها این بود که به مجرّد انتقال مبیع به بایع فضولی معامله لازم شود و موقوف به آمدن اجازهٔ بعدی نباشد، چنین فرضی آیا در مورد اخبار ناهیه داخل است یا خیر؟

از کلام شهید در دروس استفاده می‌شود که: آری این فرض هم مشمول اخبار است، آنجا که فرموده: اگر مال مردم را بفروشد و سپس مالک شود و اجازه کند معامله صحیح است، بعد فرموده: امّا اگر مقصود طرفین این باشد که به مجرّد انتقال مبیع به بایع فضولی معامله لازم شود، این از مصادیق بیع مالیس عنده است و مشمول نهی نبوی صلی الله علیه و آله و سلم است.

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: انصاف این است که: اخبار مزبور ظهور در صورت اوّلی دارد، و منظور از صورت اوّل عبارتست از صورتی که طرفین منجّزاً بیع و شراء انجام می‌دهند و قصدشان این باشد که به نفس این بعتُ و قبلتُ و انشاء بیع، نقل و انتقال مترتب شود، بدون اینکه بر هیچ چیزی موقوف باشد [بر اجازه یا انتقال] [و دلیل این ظهور قبلاً از قول مرحوم شهیدی عنوان شد] و در نتیجه روایات فرع سوّم را که لزوم بر تملّک و انتقال موقوف شده شامل نیست.

قوله: و ما ذکره:

مجدّداً تعلیل علاّمه در تذکره و کلام ایشان در مختلف را به عنوان شاهد می‌آورند، که قبلاً توضیح دادیم و نیازی به اعاده نیست.

فرع چهارم: در سه فرع قبلی بایع فضولی مال مردم را برای خودش می‌فروخت، یا به صورت منجّز و یا موقوف بر اجازه و یا معلّق بر تملّک، ولی فرع چهارم این است که: بایع فضولی متاع دیگری را از جانب صاحبش و به نیّت مالکِ اصلی می‌فروشد، بعداً به طور اتّفاقی و تصادفی در اثر یاهبه کردنِ مالک اصلی و یا در سایهٔ ارث بردن آن را مالک می‌شود، و بیع فضولیِ خویش را اجازه می‌کند، آیا اخبار ناهیه این فرض را شامل است؟ می‌فرماید: به نظر ما این فرض نیز از مورد اخبار مذکور، خارج است [زیرا مورد اخبار آنجائی است که بایع فضولی برای خودش بفروشد، و فرض مزبور مالِ جائی است که برای مالک اصلی بفروشد.] و عمومات صحّتِ بیع فضولی این فرض را شامل است. و از جهت عدم شمول اخبار ناهیه مشکلی ندارد.

آری اشکال دیگری متوجّه فرض چهارم است و آن اینکه: انشاء بیع از اوّل به نیّت مالک اصلی و از ناحیهٔ او بوده ولی اجازهٔ بیع از حالا به نیّت مالک جدید و برای او است، آنگاه آنکه انشاء شده بود اجازه نشده و اینکه اجازه شده انشاء نشده بود پس در حقیقت میان اجازه و عقد مُجاز تطابق و هماهنگی نیست و از این حیث اشکال دارد، **ما اُنْشِأَلم یُجَزْ، و ما اُجیز لم یُنْشَأ، ما قُصد لم یقع و ما وقع لم یقصد،** [این همان اشکال چهارم از اشکالهای مسأله سوّم از مسائل اصلیِ بیع فضولی است که در جای خود قبلاً ذکر شد.]

ولی این اشکال هم قابل دفع است و دفع آن به مانند دفع اشکالِ عکس مسألهٔ ما است، بیان مطلب: مسألهٔ ما این است که: از ناحیهٔ مالک اصلی و برای او فروخته سپس خود مالک شده و برای خویش اجازه کرده: **باعَ لغیره ثم ملکه و اجازه لنفسه.** عکس مسأله این است که: مال مردم را از جانب خود و برای خودش فروخته ولی مالک اصلی آن را برای خودش اجازه کرده، (باع لنفسه و اجازه المالک لنفسه)، که همان مسأله سوّم از مسائل فضولی است، و در آنجا هم همین اشکال بود که بیع برای فضولی انشاء شده ولی اجازه برای مالک اصلی واقع می‌شود و این دو تطابق ندارند... در آنجا در جواب اشکال چنین گفتیم: قصد نفس یا قصد غیر داشتن موضوعیّتی ندارد و لغو است زیرا گرچه بایع

فضولی و قوع بیع را برای خودش قصد کرده ولی به عنوان این که خود را مالک فرض کرده چنین معامله‌ای کرده، پس در حقیقت بٰاعَ للمالک، و مالک اصلی هم گرچه اجازه را برای خود داده و قصد نفس کرده ولی باز قصد نفس موضوعیتی ندارد، بلکه به عنوان اینکه خود را مالک می‌داند قصد نفس کرده، پس در حقیقت او نیز اَجازَ للمالک، پس بیع و اجازه تطابق دارند.

نظیر همین جواب در ما نحن فیه هم می‌آید که: گرچه اوّل برای مالک اصلی انشاء بیع کرده ولی نه برای شخص او بلکه برای عنوان مالکیّت او که حیث تقییدی است. و الان هم که مالک شده و برای خودش اجازه می‌کند باز نه برای شخص خودش بلکه به عنوان اینکه مالک است و برای مالک اجازه می‌کند، پس انشاء بیع برای مالک بوده، اجازه هم برای مالک است و تطابق دارند، پس محذوری نیست.

قوله: فتأمّل:

اشاره به این است که: مقایسهٔ ما نحن فیه به عکس آن مع الفارق است زیرا در عکس مسأله فرض بر این است که: فضولی که مال مردم را برای خود می‌فروشد یا از روی جهل مرکب و به اشتباه معتقد است که مال خود او است و لذا جدّاً انشاء بیع می‌کند، و یا غاصب و سارق است و عدواناً بنا را بر مالکیّت خود گذاشته و انشاء بیع می‌کند، و در هر حال یک انشاء جدّی و واقعی در میان است و قابلیّت لحوقِ اجازه را دارد، ولی در مسألهٔ ما که مال مردم را برای مالکش می‌فروشد، نسبت به خودش نه اعتقاد به مالکیّت دارد و نه ادّعای مالکیّت و لذا نسبت به او معاملهٔ مزبور صوری و ظاهری است و قابل لحوق اجازه نیست. و ممکن است به بیان مرحوم شهیدی امر به دقّت باشد.[1]

فرع پنجم: اگر بایع فضولی [مثلاً زید] مال دیگری را [مثلاً خالد] برای شخص ثالث و به نیّت او [مثلاً کریم] به یک خریداری (مثلاً حسن) بفروشد، یا از باب اینکه واقعاً خیال می‌کرد این مال، مال شخص ثالث است لذا به نیّت او فروخت و بعداً کشف خلاف شد، و یا می‌دانست که مالِ کریم نیست ولی عدواناً و ظلماً بر مالک اصلی، بنا را بر مالکیّت فرد ثالث گذاشته و به نیّت او فروخت، این فرع سه شق دارد:

---

۱. هدایة الطالب، ص ۳۰۰.

الف: بعد از معاملهٔ مزبور خود مالک اصلی یعنی خالد مطلّع شد و معاملهٔ مزبور را امضاء کرد، از نظر مشهور چنین معامله‌ای محکوم به صحّت است، زیرا چنانچه در فرع چهارم و عکس مسأله بیان شد، لازم نیست از اوّل به قصد مالک اصلی فروخته شود تا او بتواند اجازه کند، بلکه به نیّت دیگری هم فروخته شود او می‌تواند اجازه کند و قصد الغیر لغو است.

ب: پس از بیع مزبور تصادفاً خود فرد ثالث، مبیع مذکور را مالک شد (به ارث یا شراء و...) و بعد هم اجازه کرد.

ج: یا اتّفاقاً خود بایع فضولی خرید و مالک شد و بیع فضولیِ خود را اجازه کرد.

حکم این دو شقّ آن است که: این فرعِ هم مثل قبلی یعنی فرع چهارم است و از اخبار ناهیه خارج است و در نتیجه مشمول عمومات صحّت می‌شود.

مسألهٔ دوّم قوله: ثم انّه:

مسألهٔ اوّل از دو مسألهٔ مورد بحث این بود که: مَنْ باعَ شیئاً **ثمّ ملکه فاجازه**، و تا به حال مبسوطاً حکم این مسأله روشن شد، و اینک مسأله دوّم این است که: مَنْ باعَ شیئاً ثم ملکه و لم یُجِزْه یعنی مال مردم را بفروشد سپس خودش مالکِ آن مال گردد و بیع فضولی خود را اجازه نکند، آیا چنین بیعی به مجرّد تملّک بعدی صحیح است و لو اجازه نکند؟ یا باطل است مگر اجازه بکند؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالبی که در مسأله اوّل ذکر شد و به حکم اخبار، حکم به بطلان بیع منجّز کردیم، به طریق اولی حکم مسأله دوّم هم روشن می‌شود که چنین بیعی باطل است، و دلیل بطلان دو امر است:

۱ـ اخبار ناهیه که در وجه هفتم از وجوه بطلان در مسألهٔ قبلی ذکر شد، یقیناً مسألهٔ دوّم را شامل است و مصداق اکملِ بیع مالیس عنده همین بیع است و به حکم آن اخبار، محکوم به بطلان است.

۲ـ دو قاعده داریم که یکی می‌گوید: مردمان بر اموال خویش سلطنت دارند و صاحب اختیار اموال خویش هستند، و دیگری می‌گوید: بدون طیب نفس و رضایتِ خاطرِ صاحبانِ اموال، تصرّف در آنها جایز نیست و آن اموال بر کسی حلال نمی‌شوند و ما نحن فیه صغرای این کبرای کلّی است، زیرا فضولی فعلاً مالک شده و اختیار مال در

دست او است و فرض این است که او این بیع را اجازه نکرده و نسبت به آن طیب نفس ندارد، پس دلیلی بر صحّت آن و جواز تصرّفِ مشتری در آن، وجود ندارد.

قوله: و التزامه:

اگر کسی اشکال کرده و بگوید: خود بایع فضولی پیشاپیش ملتزم شده به اینکه فلان مال معیّن، مال مشتری باشد پس بعد از مالک شدن هم باید پای تعهّد و التزام خویش بایستد چه راضی باشد یا نه، مجبور است مبیع را به مشتری تحویل دهد.

قوله: لیس:

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: التزام پیشین ارزشی ندارد و وجودش کـالعدم است زیرا آن التزام نسبت به مال مردم است، آری اگر نسبت به مال خود ملتزم شد ارزشمند است ولی اینکه حاصل نشده، فما قُصد لم یقع و ما وقع لم یقصد.

قوله: اللهمّ:

مگر کسی بگوید: ما دو دسته عمومات داریم و به حکم آن دو دسته می‌گوییم: معاملهٔ مذکور صحیح و لازم است، یکی عموم «**اوفوا بالعقود**»[1] که بایع فضولی را پس از مالک شدن شامل است و او نیز مالکِ عاقد یا عاقد مالک است و باید به عقدش وفا کند و در این جهت مجبور است نه مختار، و یکی عموم «**المؤمنون عند شروطهم**»[2] که بایع فضولی پیشاپیش ملتزم و متعهّد شده و گرچه قبل از تملّک التزامش ارزشی نداشت ولی پس از انتقال به او و مالک شدنش التزامش ارزش دارد و به حکم این عمومات معامله صحیح است شاید نظر فخر الدین در ایضاح و شهید ثانی در مسالک به همین امر باشد که به حکم عمومات فرموده‌اند: به مجرّد انتقال مبیع به بایعِ فضولی، معامله لازم می‌شود و موقوف به اجازه نیست و از کلام شیخ طوسی هم که در اوّل مسألهٔ اوّل از معتبر محقّق نقل شد همین مطلب مستفاد است که حتی اجازه هم لازم نیست.

قوله: لکن:

استدراک از اللهمّ... است و آن اینکه: به سه بیان اینجا جای تمسّک به عمومات مذکور

---

۱. سورهٔ مائده / ۱.

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۳۵۳ باب ششم از ابواب الخیار.

نیست بیان اوّل زیرا قبل از مالک شدن وجوب وفائی نبود، حال پس از تملّک شک می‌کنیم که وجوب وفا آمد یا نه؟ از استصحاب عدم وجوب وفا استفاده می‌کنیم و می‌گوییم: باز هم واجب نیست و بایع فضولی یا مالک جدید مختار است که اجازه بکند یا نه.

قوله: و المقام:

اگر کسی بگوید: با وجود اصالة العموم که یک دلیل لفظی است نوبت به استصحاب نمی‌رسد و جای استصحاب نیست، در جواب می‌گوییم: مقام (ما نحن فیه) مقام استصحاب حکم خاصّ است (استصحاب عدم وجوب وفا در خصوص بیع فضولیِ مزبور که: باعَ شیئاً ثم ملکه و لم یجزه) نه مقام رجوع به حکم عام (اوفوا بالعقود) (البته مرحوم شیخ توضیحی نمی‌دهند ولی منظور این است که: از اوفوا بالعقود دو سنخ عموم مستفاد است:

۱ـ عموم افرادی: یعنی هر عقدی از عقود از بیع و اجازه و نکاح و... و نیز این بیع و آن بیع و... جداگانه واجب الوفاء است و به این اعتبار وجوب وفا به وجوب‌های متعدّدی منحلّ می‌شود.

۲ـ عموم ازمانی: یعنی هر عقدی هم از لحاظ زمانی برای همیشه وجوب وفا دارد و مکلّف باید امروز به عقدش وفا کند و... و حق ندارد مثلاً ده روز دیگر آن را فسخ کند بلکه در گسترهٔ زمان باید پای عقدش بایستد. حال آیا عموم اوفوا به لحاظ ازمنه یک عموم استمراری است یعنی یک حکم است که در بستر زمان استمرار و بقاء دارد و ازمنه، ظرف ثبوت آن حکم هستند؟ یا عموم افرادی است یعنی هر زمانی جداگانه وجوب وفائی دارد و زمان‌ها قیدیّت دارند؟ علی التحقیق عموم مزبور استمراری است و علی الفرض در ما نحن فیه این استمرار از اوّل نیست و به قبل از تملّک تخصیص خورده است و پس از مالک شدن هم همان حکم خاصّ را استصحاب می‌کنیم. پس اینجا جای عموم عام نیست چون قیچی شده و استمرارش از بین رفته و جای استصحاب است.)

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه قبل از تملّک تخصّصاً از عموم عام خارج است نه تخصیصاً تا جای استصحاب حکم خاص باشد به اینکه: ما نحن فیه از قبیل شک در مقتضی است

یعنی اصل شمول عام مشکوک است، نه شک در رافع، و بر مسلک شیخ در شک در مقتضی استصحاب جاری نمی‌شود، و شاید اشاره باشد به اینکه: در استصحاب باید قضیّهٔ متیقّنه و مشکوکه وحدت داشته باشند و در ما نحن فیه چنین نیست، زیرا در قضیّهٔ متیقّنه موضوع ما عاقدِ غیر مالک بود که مأمور به وجوب وفا نبود ولی در قضیّهٔ مشکوکه موضوع عاقدی است که مالک شده و وقتی موضوع عوض شد اِسراء حکم موضوعی به موضوع دیگر از باب استصحاب نیست بلکه از باب قیاس است، مگر کسی این وصف تملّک و مالک بودن و نبودن را از قبیل تبدّل حالات بداند نه تغیّر اصل موضوع،

و شاید اشاره باشد به اینکه: اگر زمان‌ها ظرف باشند جای استصحاب عدم وجوب وفا است ولی اگر قید باشند باز موضوع عوض شده و جای استصحاب نیست.

قوله: مضافاً:

بیان دوّم در ردّ استناد به عموم اوفوا بالعقود آن است که: عموم مزبور بر فرض جریان و شمولش نسبت به ما نحن فیه و بیع مزبور پس از مالک شدن و در نتیجه حکم به صحّت و لزوم کردن، مبتلا به معارض است و آن دو قاعدهٔ سلطنت و طیب نفس است، بیان معارضه: به حکم عموم اوفوا بالعقود به مجرّد این که بایع فضولی مالک شد باید به عقدش وفا کند و حقّ ندارد تخلّف کند و این حکم الزامی است و منوط به رضایتِ او نیست. ولی به حکم دو قانون مذکور، وقتی بایع فضولی مالک شد بر مالش مسلّط است و تا طیب نفس نداشته باشد کسی حق ندارد در مالش تصرّف کند، و علی الفرض در ما نحن فیه وی بیع را اجازه نکرده پس طیب نفس ندارد پس معاملهٔ مزبور باید باطل باشد آنگاه عموم اوفوا بالعقود با عموم دو قانون مذکور تعارض و تساقط می‌کنند و به اصل اوّلی در معاملات برمی گردیم که اصالة الفساد باشد و به حکم این اصل می‌گوییم: بیع فضولیِ مزبور (مَنْ بٰاعَ شیئاً ثم ملکه و لم یُجزه) باطل است.

قوله و فحوی:

بیان سوّم در ردّ استناد به عموم آیهٔ وفای به عقد، فحوٰی و مفهوم موافقتِ روایت حسن بن زیاد طائی است: این روایت در رابطه با نکاح عبد بدون اذن مولی بود که بدنبال نکاح آزاد شده بود و از امام پرسید: آیا عقد ازدواجش را تجدید کند یا نه؟ امام علیه‌السلام نفرمود: حالا آزاد شدی و صاحب اختیار شدی و همین کافی است بلکه فرمود: آیا وقت ازدواج

موالیِ تو باخبر شدند یا نه؟ او گفت: آری، مطّلع شدند و سکوت کردند، امام فرمود: همین سکوت اقرار است، یعنی مناط رضایت مالک اصلی و مولی است نه عتق عبد.[۱]

وجه اولوّت: در مورد روایت عبدی که آزاد می‌شود مالک نفس خویش و صاحب اختیار خود می‌گردد، حال اگر تملّک نفس به تنهائی و بدون اجازهٔ بعدی مؤثّر در صحت نیست و کفایت نمی‌کند پس تملّک بر مال (که مورد بحث ما است) به طریق اولی مؤثر در صحت نخواهد بود. پس باز هم جای عموم اوفوا بالعقود نیست.

قوله: ثمّ لو سلّم:

مسألهٔ مَنْ باع شیئاً ثم ملکه و لم یجزه سه شعبه دارد:

۱ـ فضولی مال مردم را برای خودش فروخته و سپس خودش مالک شده و بیع مزبور را اجازه نداده است.

۲ـ مال مردم را برای مالک اصلی و صاحب مال فروخته و سپس خود مالک گردیده و بیع قبلی را اجازه نداده.

۳ـ مال مردم را برای شخص ثالث (نه خودش یا مالک اصلی) فروخته و سپس خود مالک گردیده و اجازه نداده.

به نظر ما در هیچکدام از سه شعبه جای تمسّک به عموم اوفوا بالعقود نبود و معاملهٔ مزبور باطل بود، حال می‌گوییم: بر فرض که عامّ مزبور در ما نحن فیه قابل تمسّک باشد و به حکم آن بگوییم: به مجرّد تملّک بایع فضولی، بیع مزبور صحیح و لازم می‌شود و نیازی به اجازهٔ بعدی نیست، امّا در خصوص شعبهٔ اوّل این سخن قابل قبول است، ولی نسبت به دو شعبهٔ دیگر، جریان عموم اوفوا بالعقود به مراتب مشکلتر است، زیرا فرض این است که برای خودش نفروخته بلکه برای مالک اصلی یا فرد ثالث فروخته و آنها مقصودند، و حالا که مالک شده می‌خواهد برای خود اجازه کند که خودش مقصود نبوده و عقود تابع قصود هستند، و لذا حکم به صحّت آن و استفاده از اوفوا بالعقود دشوارتر است. (در واقع این فراز اشکال چهارمی به آیهٔ وفای به عقد است.)

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۵۲۶، باب ۲۶، حدیث سوّم.

قوله: و لو باع:

اگر شخصی از طرف دیگری وکیل بود و به عنوان وکالت مال موکّل را فروخت، سپس معلوم شد که در زمان بیع موکّل مرده بود و اموال به ورثه منتقل شده بود و وکالت وکیل هم خود به خود از بین رفته بود و او منعزل و برکنار شده بود، حکم این بیع آن است که: برای شخص وکیل که مطلقاً واقع نمی‌شود چه اجازه بکند و چه نکند، زیرا وی اصلاً مالک نیست. و امّا نسبت به ورثه: بیع مزبور در واقع بر مال آنها واقع شده و بدون اذن آنها بوده پس این بیع نسبت به آنها فضولی است و قواعد بیع فضولی را دارد که منوط به اجازهٔ لاحق از سوی وارث است.

مسأله سوّم

در رابطه با احکام مُجیز سه مسألهٔ اصلی مطرح است:

مسألهٔ اوّل: بایع فضولی در حال عقد واقعاً (عندالله) و اعتقاداً (به عقیدهٔ خودش) جایز التصرّف نبود و منشأ عدم جواز تصرّف هم این بود که: وی مالک بود ولی محجور از تصرّفات بود.

مسألهٔ دوّم: بایع فضولی در حین عقد واقعاً و اعتقاداً جایز التصرّف نبود، آن هم به خاطر این که آن موقع اصلاً مالک نبود و مقتضیِ نداشت، و بعد از بیع مالک شد. که این مسأله دو بخش داشت:

۱ـ من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه ۲ـ من باع شیئاً ثم ملکه و لم یجیزه

تا به حال این دو مسأله مبسوطاً بحث و بررسی شد.

و امّا مسألهٔ سوّم: بایع در حال عقد واقعاً جایز التصرّف بود ولی خیال می‌کرد و معتقد بود که جایز التصرّف نیست و پس از معامله کشف خلاف شد و معلوم شد که اعتقاد او جهل مرکّب بوده و وی حق تصرّف داشته، فعلاً این مسأله مطرح است، و چهار صورت دارد به این بیان:

اینکه خیال می‌کرد جایز التصرّف نیست یا به خاطر این است که: خیال می‌کرد ولایت بر بیع ندارد (منظور از ولایت خصوص ولایت شرعیِ اب وجد نیست بلکه مطلق اذن و مأذون بودن است.) ولی بعد از بیع معلوم شد که ولایت دارد و ولیّ یا وکیل و بالجمله در واقع مأذون است. و یا به خاطر این است که: خیال می‌کرد مالک نیست و حق

تصرّف ندارد ولی پس از بیع معلوم شد که وی مالک واقعیِ مبیع بوده و حق تصرّف هم داشته، و در هر یک از دو صورت مزبور، یا متاع را از ناحیهٔ مالک و برای مالکش فروخته بود و یا برای خویش معامله کرده بود که حاصلضرب این دو صورت در دو صورت قبل، چهار صورت است و در مسأله ثالثه این صور مطرح است:

صورت اوّل متاعی را از جانب مالک و به نیّت او می‌فروشد، سپس معلوم می‌شود که وی ولایت بر بیع داشته و اموال مولیّ علیه را فروخته است. حکم این صورت آن است که: جای کمترین تردید و اشکالی در لزوم بیع نبوده و معاملهٔ مزبور صحیح و لازم است (زیرا عقد مزبور عقدی است که از اهلش صادر شده و در محلّش واقع شده پس مشمول عمومات صحت و لزوم است، و نیز ادلّهٔ ولایت و وکالت اینجا را می‌گیرد، و نیز عقد مزبور به ولیّ و مأذون مستند است وطیب نفس هم از اوّل وجود دارد، پس صد در صد مقتضی موجود است و مانع مفقود است. و تنها مانع این است که: بایع در حین بیع خیال می‌کرد که جایز التصرف نیست ولی اعتقاد و علم دخیل نیست بلکه در واقع که مأذون باشد و ولایت بر بیع داشته باشد کافی است.) و حتیّ اگر بیع فضولی را باطل هم بدانیم باز این بیع صحیح است (زیرا اصلاً در واقع فضولی نیست.) (و نیازی به اجازهٔ بعدی هم نیست که وقتی کشف خلاف شد و فهمید که ولیّ بوده دوباره عقد خویش را اجازه کند، زیرا اجازه طیب نفس لاحق است که می‌خواهد جای طیب نفس سابق را بگیرد و در اینجا طیب نفس مقارن وجود دارد که به طریق اولی کافی است.)

قوله: لکن الظاهر:

از ظاهر کلام قاضی ابن براّج [۱] در یک فرع فقهی استفاده می‌شود که: مجرّد اذن واقعی کافی نیست بلکه باید بایع هم مطّلع باشد تا معامله‌اش صحیح ولازم شود، وی فرموده: اگر در واقع مولائی به عبدش اذن در تجارت و بیع و شراء داده، و عبد هم در خارج داد و ستد می‌کند ولی نه خود او از اذن مولی باخبر است و نه هیچ کس دیگر که با او طرف معامله است. چنین عبدی حق ندارد تجارت کند و هر کاری بکند نافذ نیست. آری اگر خود عبد از اذن مولی مطّلع شد، از این پس هر کاری که بکند از بیع و شراء و غیره نافذ و

---

۱. به نقل علاّمه در مختلف، ج ۵، ص ۴۳۶

صحیح است، چه اینکه اگر خود او مطّلع نشده و مستقیماً هم به او اذن داده نشده ولی مولی به عدّۀ دیگری امر کرده که با عبدش معامله کننده، باز وقتی عبد فهمید، امر مزبور به منزله اذن صریح و مستقیم است و باز عبد حق دارد با همان قوم یا با دیگران (اگر قوم مزبور نزد مولی خصوصیتی نداشته باشد) وارد معامله شود. (ولی تا علم و اطلاع پیدا نکرده مجرّد اذن واقعی کافی نیست.)

قوله: و عن المختلف:

علاّمه در مختلف به قاضی ابن براج اشکالی کرده که شیخ نیز آن را تحسین می‌کند و آن اینکه: علم و اطلاع عبد و اعلام مولی به قوم ملاک و مؤثر در صحت نیست، بلکه مناط رضایت باطنی و نفس الامری است که در صورت اعلام و عدم اعلام هست، پس اگر بدون علم و اطلاع معامله‌ای کرد و بعداً تصادفاً معلوم شد که مأذون بوده، کفایت می‌کند و بیش از این دلیل نداریم.[1]

صورت دوّم: مال مردم را برای خودش و به نیّت خویش فروخت و خیال می‌کرد فضولی است و حق ندارد بفروشد ولی بعداً معلوم شد که ولّی بوده و شرعاً و عرفاً حقّ داشته بفروشد. حکم این صورت هم مثل صورت اوّل است یعنی بیع مزبور صحیح است (زیرا عقدی است که از اهلش صادر شده و در جایش واقع شده و مشمول ادلّهٔ صحت و لزوم می‌باشد.) و برای مالک اصلی یعنی موّلی علیه واقع می‌شود (چون او مالک واقعی است.)و تنها ایرادی که دارد اینست که: بایع قصد نفس کرده و معامله را برای خودش انجام داده ولی مکرّر گفتیم: قصد غیر مالک اصلی نه به حال غیر مالک سودمند است و نه بر حال مالک واقعی قادح و زیانبار است، بلکه حکم به الغاءِ قصد مزبور می‌شود.

قوله: و فی توّقفه:

پس معاملۀ مزبور از ریشه باطل نیست بلکه محکوم به صحّت است ولی آیا اجازۀ لاحقی لازم است (که پس از کشف خلاف و ثبوت ولایت به عنوان وقوع بیع برای مولیّ علیه اجازه‌ای بکند) یا لازم نیست و بدون اجازه هم محکوم به صحّت است؟ اوّل

---

۱. مختلف، ج ۵، ص ۴۲۷

می‌فرماید: توقّف بر اجازه وجهی دارد و آن اینکه: ولیّ فقط اذن دارد که مالِ مولیٌ علیه را برای خود مالک بفروشد و او را قصد کند و اینجا برای خودش فروخته نه مولیٌ علیه، پس ما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، و لذا باید اجازه‌ای هم بیاید. ولی بعد می‌فرماید: فتأمّل که اشاره است به اینکه: وقتی در واقع ولیّ است و طیب نفس هم دارد دیگر چه نیازی به اجازهٔ بعدی است؟ قصد نفس را الغاء می‌کنیم و کار تمام است.

صورت سوّم: متاعی را که بایع گمان می‌کرد مال مردم است به نیّت صاحبش و از طرف مالکش می‌فروشد (بگونه‌ای که هدف آن است که ثمن به ملک مالکش داخل شود و بیع خود را به خیال خود فضولی می‌داند.) ولی پس از بیع کشف خلاف شد و معلوم گردید که خود بایع مالک واقعی بوده و مال خودش را فروخته ولی حین البیع از این امر خبر نداشت و در جهل مرکّب بود. حال چنین بیعی صحیح است یا باطل؟

مرحوم شیخ ابتدا مثالی برای این فرض ذکر می‌کنند، که منحصر به آن نیست و مثالهای دیگری هم وجود دارد که به عنوان نمونه سه مثال می‌آوریم:

۱ـ فرزندی با اعتقاد به اینکه پدرش در قید حیات است، مالی از اموال پدر را از جانب او و برای او فروخت، سپس معلوم شد که در حال بیع پدر از دنیا رفته بود و مال مزبور به سبب ارث به خود بایع منتقل شده بود و در واقع ملک خودش را فروخته است.

۲ـ فرزندی در دوران صِغَر سّن از سوی پدر یا دیگران اموالی را به عنوان هدایا دریافت کرده بود ولی خودش خبر نداشت که این هدایا ملک او است و خیال می‌کرد اینها ملک پدر می‌باشند و لذا پس از بلوغ آنها را به نیّت پدر فروخت و بعداً مطّلع شد که این اموال ملک خود او بوده و مال خودش را فروخته است.

۳ـ وکیلی برای موکّل خویش متاعی را خریده بود ولی موکّل بدون اطلاع از معاملهٔ وکیل و به گمان اینکه فلان متاع ملک فلا نکس است برای او فروخت و خود را بایع فضولی دانست ولی پس از بیع معلوم گردید که خودش مالک واقعی بوده است.

حال که با عنوان مسأله و با مثالهای آن آشنا شدیم می‌گوییم: در بارهٔ صورت سوّم دو مقام از بحث مطرح است:

۱ـ آیا اساساً چنین معامله‌ای صحیح است یا باطل؟

۲ـ بر فرض صحّت آیا لزوم آن منوط به اجازهٔ لاحق از سوی مالک واقعی یعنی

خود بایع است که وقتی مطلّع شد و دانست که خودش مالک بوده باید عقد خودش را اجازه بکند؟ یا منوط به اجازه نیست و بدون آن هم صحیح و لازم است؟

امّا مقام اوّل:مشهور فقهاء فتوی به صحّتِ چنین بیعی داده‌اند (دلیل صحّت همان ادلّه‌ای است که در صورت اوّل و دوّم از چهار صورتِ مسألهٔ ثالثه گذشت که: عقد مزبور عقدی است که از اهلش یعنی مالکِ واقعی صادر شده و در محلّش واقع شده و مشمول عمومات صحّت و لزوم است.) و بلکه از کلام علاّمه در دو کتاب قواعد[1] و ارشاد[2] درباب هبهٔ آن دو کتاب استفاده می‌شود که صحّت اجماعی است(که بالاتر از شهرت است) و مرحوم شیخ می‌فرماید: هرچه گشتیم نیافتیم فقیهی را که تصریح به بطلانِ بیع مزبور کرده باشد، بلکه حّداکثر سه نفر از فقهاء عظام را یافتیم که احتمال بطلان داده‌اند:

۱ـ شهید اوّل در قواعدش[3] فرموده: قول به بطلان ممکن و محتمل است.

۲ـ پیش از شهید فخرالدین در ایضاح[4] این احتمال را داده

۳ـ و پیش از فخرالدین هم پدرش علاّمه ره در نهایة[5] این احتمال را داده است.

ادلّهٔ بطلان: در مجموع از کلام این بزرگان سه دلیل بر بطلان استفاده می‌شود.

دلیل اوّل: (مفروض این دلیل با اصل عنوان صورت ثالث تطابق دارد و بیع عن المالک را دلالت دارد) بایع که متاعی را از طرف مالکش و به نیّت او می‌فروشد، منحصراً قصد نقل از طرف مالک (مثلاً پدرش در مثال اوّل) دارد و به نیّت انتقال ثمن به مالک انشاء بیع می‌کند نه اینکه قصد انشاءِ نقل از سوی خود داشته باشد و فرضِ این است که این نقل و انتقال از طرف مالک یعنی پدر و برای او واقع نمی‌شود چون او در حال عقد مرده بوده و قابلیّت تملیک و تملّک را نداشته تا بیع برای او واقع شود، و خود بایع که قابلیّت دارد و زنده و مالک واقعی است در حال عقد قصد نشده و انشاء تملیک برای او نشده است تا صحیح باشد. پس در حقیقت مٰا قُصِدَ لم یقع (وقوع بیع برای میّت) و ما وقع لم یُقصد (وقوع برای خود بایع) و عقود هم تابع قصود است و چون برای مَنْ قُصِدَ واقع نمی‌شود پس باید حکم به بطلانِ آن شود.

---

۱. قواعد، ج ۱، ص ۲۷۵

۲. ارشاد، ج ۱، ص ۴۵۰.

۳. القواعدو الفوائد، ج ۲، ص ۲۳۸

۴. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۲۰.

۵. نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۴۷۷

دلیل دوّم: (مفروض این دلیل موردی است که بایع متاع مزبور را برای خودش بفروشد نه برای مالک یا پدر) انشاء و عقد مزبور گرچه در صورت و ظاهر، منجّز و جاز مانه است و جزماً گفته: **بعتک کذا بکذا** و قید و شرطی نیاورده ولی در معنی و باطن و در حقیقت معلّق است و شرطی را در تقدیر دارد و تقدیر این است: اِنْ مٰاتَ مورِّثی فقد بعتک، زیرا اگر بخواهد بیع برای خودش واقع شود و ثمن در ملک او داخل شود چاره‌ای از تقدیر مزبور نیست، پس عقد مزبور باطناً معلّق است «صغری» و در شروط صیغه گفته آمد که تعلیق در عقد و انشاء بالاجماع مضرّ و مبطل است «کبری». پس عقد مزبور باطل است «نتیجه».

دلیل سوّم: چنین بایعی مثل انسان عبث کار و یاوه گو و بازیگر و هازل می‌ماند و بیع و انشاء او جدّی نیست بلکه صوری و ظاهری و لقلقهٔ زبان است و تنها صورت بیع را انشاء کرده است «صغری» و بیع صوری و هزلی هم که ارزشی ندارد و به هیچ وجه مؤثّر واقع نمی‌شود «کبری» پس باز هم بیع مزبور باطل است. «نتیجه» عمده در این دلیل اثبات صغری است که می‌فرماید: فرض این است که بایع اعتقاد به حیات پدر دارد (ولو اعتقادش در واقع خطا و جهل مرکب است ولی خود او که متوجه نیست.) و به دنبال آن اعتقاد به مالکیّت پدر دارد، و از طرف پدر اذن در بیع هم ندارد، پس نه خود را مالک می‌داند و نه ادّعای مالکیّت دارد و نه از ناحیهٔ مالک مأذون است، بلکه به کلّی از متاعِ مزبور اجنبی است معذلک آن را برای خود می‌فروشد و قصدش این است که ثمن ملکَ خودش گردد، بدیهی است که هر کس از واقع امر و مطالب مذکور مطّلع باشد و در جریان امر قرار بگیرد به کار او می‌خندد و می‌گوید: این بیع به شوخی نزدیکتر است تا به جدّی بودن. پس انشاء کذائی بی‌ارزش است و معنای بطلان هم جز این نیست. (ضمناً مفروض این دلیل هم مثل دلیل دوّم، موردی است که بایع مال پدر را برای خودش بفروشد نه برای پدر.)

قوله: اقول:

مرحوم شیخ اعظم از هر سه دلیل مذکور جداگانه جواب می‌دهند:

امّا جواب از دلیل اوّل: درست است که بایع فقط قصد نقل از طرف پدر کرده و به نیّت او فروخته نه از طرف خودش که مالک واقعی بوده و خبر نداشت، ولی چنین

قصدی قادح نیست و لطمه‌ای به صحّت بیع نمی‌زند، زیرا که قصد نقل کردن از سوی پدر دوگونه و دارای دو عنوان است:

۱ـ به عنوان اینکه پدر شخص خاصّی است و زید بن بکر است در انشائش او را قصد می‌کند.

۲ـ به عنوان اینکه به اعتقاد او پدرش مالک است انشاء را به قصد او انجام می‌دهد.

حال تردیدی نیست در اینکه شخص خاص بودن و عنوان اوّلی نقشی ندارد، آنکه حیثش حیث تقییدی است و تمام موضوع است مالک بودن و عنوان دوّمی است. پس گرچه در ظاهر قصد نقل برای پدر کرده ولی در حقیقت قصد نقل برای مالک نموده (در حیثیّات تقییدی تمام مناط و موضوع خود حیثیّت است) و بعد هم که حکم به صحّت می‌کنیم، به صحّت و وقوع برای مالک حکم می‌کنیم نه برای دیگری، پس همان که در انشاء قصد شد واقع می‌شود و ما قُصِدَ وَقَعَ و قانون «**العقود تابعةٌ للقصود**» نقض نشده است و تنها اشکال و اشتباه در تطبیق کبرای کلّی است و این که بایع خیال می‌کرد مصداق مالک پدرش می‌باشد غافل از این که مصداق واقعی خودش بوده و این لطمه‌ای نمی‌زند.

و قبلاً در عکس این مسأله مبسوطاً در این رابطه بحث شد، منظور از عکس مسأله همان است که در مسألهٔ سوّم از مسائل اصلیِ بیع فضولی گذشت که مال مردم را برای خودش می‌فروخت و آن مسأله دو شعبه داشت:

الف: بیع الغاصب که مالی را سرقت و غصب کرده و برای خودش می‌فروشد.

ب: بیع المعتقد که به اشتباه معتقد شده که فلان متاع مال او است و آن را می‌فروشد.

در آنجا اشکالی بود که بعداً که مالک اصلی اجازه می‌دهد این اجازه با انشاء تطابق ندارد، ما اُنْشِأَ لم یُجز و ما اُجیز لم یُنْشَأ، و از آن اشکال جوابهائی داده شد، مرحوم شیخ در راه حلّ نهایی فرمودند: انشاء بیع برای خودش به عنوان مالکیّت بوده و اجازه هم به همین عنوان بار می‌شود و تطابق دارد، انشاء برای مالک است و اجازه هم به همان تعلّق می‌گیرد و قصد الغیر یا قصد النفس رکنیّت نداشته و دخیل نیست. حال ما نحن فیه با شعبهٔ دوّمِ آن مسأله متعاکسان هستند و حکم همان است که ذکر شد.

نتیجه: از این حیث که بایع قصد نقل از سوی پدر داشته و عقود تابع قصود است

و... خیالمان راحت شد که اشکالی نیست.

قوله: نعم:

مشکل دیگری مطرح است و آن این که: عدّه‌ای بیع فضولی را باطل می‌دانند و دلیلشان این است که: مقارنت طیب نفس مالک به خروج مال از ملک خودش، شرط صحّت بیع است و در بیع فضولی این شرط نیست و اذا انتفی الشرط انتفی المشروط پس بیع فضولی باطل است. حال طبق این مسلک در ما نحن فیه حکم به بطلان قوّت دارد، زیرا که در حال بیع، طیب نفس مذکور وجود نداشته (بایع اصلاً خبر نداشت که مالک است تا طیب نفس به خروج مال از ملک خویش داشته باشد یا نه) ولی به عقیدهٔ ما این نیز مشکلی ایجاد نمی‌کند زیرا اصلاً به نظر ما طیب نفسِ مقارن شرط نیست و طیب نفس لاحق هم کفایت می‌کند و بر همین اساس در مقام ثانی خواهیم گفت که: صحت و لزوم منوط به اجازه است و به صرف کشف خلاف بسنده نمی‌کنیم.

قوله: و امّا ما ذکر:

و امّا جواب از دلیل دوّم:

اوّلاً چنانکه در آغاز هر دلیلی اشاره شد، مفروض کلام شما در دلیل اوّل با دلیل دوّم قابل جمع نیست (زیرا در دلیل اوّل سخن از قصد نقل از سوی مالک و پدر مطرح بود و در دلیل دوّم قصد نقل از سوی خود بایع و برای خودش مطرح است) ثانیاً ما قبول نداریم که انشاء مزبور باطناً و حقیقتاً معلّق باشد، زیرا مفروض بحث از اوّل اینست که: وی با اعتقاد و علم به حیات پدر مال پدر را برای خویش می‌فروشد و در حیات والد تردیدی ندارد، در حالی که معنای تعلیق اینست که: احتمال می‌دهد پدرش در قید حیات باشد یا نه؟ وعدم العلم است و لذا می‌گوید: ان مات... و این دو با هم مُجامع نیستند. پس انشاء عقد تنجیزی است. و اگر بگوئید او که خود را مالک نمی‌داند چگونه جزماً و تنجیزاً انشاء بیع می‌کند؟ خواهیم گفت: او نیز به اعتقاد خویش یک غاصب و سارق است که اموال پدر را سرقت کرده و می‌فروشد و در بیع غاصب اینگونه حل کردیم که: اوّل ادعّای مالکیّت و سلطنت می‌کند و بنا را بر اینها می‌گذارد و بدنبال بناگذاری به طور جزم انشاء بیع می‌کند و بیع جدّی انجام می‌دهد. و وقتی بعداً معلوم شد که خودش مالک بوده از حیث تعلیق اشکالی وارد نیست.

قوله: اللهمّ:

مگر کسی بگوید قصد صوری و ادّعائی و بنا را بر مالکیّت گذاشتن کافی نیست و باید قصد حقیقی و واقعی به نقل و انتقال داشته باشد که مبتنی بر تملّک واقعی است و در ما نحن فیه بایع قصد حقیقی ندارد، از این حیث اشکال دارد، و لذا جناب شهید ثانی در مسالک فرموده: فضولی و مکره فقط قصد لفظ دارند نه قصد مدلول و بیع آنها اشکال دارد.

قوله: ولکن:

از این اشکال هم جواب می‌دهیم به اینکه: همین مقدار از قصد صوری و ادعّائی کافی است و بیش از این لازم نداریم و مبسوطاً گذشت و بر همین اساس بیع فضولی و مکره را صحیح دانستیم.

قوله: و من ذلک یظهر:

و امّا جواب از دلیل سوّم:

اوّلاً نظیر اشکال اوّل که بر دلیل دوّم وارد بود، بر این دلیل هم وارد است و دلیلها هماهنگ نیست.

و ثانیاً نظیر راه حلّی که در جواب از دلیل دوّم گفتیم در اینجا هم می‌گوییم که، بایع عابث و هازل نیست و قصد صوری ندارد، بلکه ادّعای مالکیّت و سلطنت کرده و آن را به طور جدّ و جزم و حتم و تنجیز برای خودش می‌فروشد و قصد جدّیِ بیع امر آسانی است و از این حیث هم کمبودی ندارد.

قوله: و کیف کان:

مقام دوّم: در مقام اوّل به این نتیجه رسیدیم که بیع مزبور بلا اشکال صحیح است. و امّا مقام دوّم: آیا بیع مزبور صحیح و لازم است و بعداً هم که معلوم شد که خود بایع مالک واقعی بوده نیازی به اجازه و امضاء نیست؟یا صحیح و موقوف است یعنی بعد از علم و اطلاع و توجّه و التفات، باید بیع خودش را اجازه بکند و تا اجازه نکند حکم بـه لزوم نمی‌شود؟ دو نظریّه وجود دارد:

۱ـ غیر واحدی از فقهاء فرموده‌اند: بیع مزبور صحیح و لازم است و نیازی به اجازهٔ لاحق نیست

۲ـ عدّه‌ای از فقهاء منجمله محقق ثانی[1] و شهید ثانی و جناب شیخ اعظم فرموده‌اند: بیع مزبور صحیح و موقوف است، و تا اجازه نیاید لازم نمی‌شود.

گروه اوّل: برای اثبات مدّعای خود دو دلیل آورده‌اند:

دلیل اوّل: فرض این است که عقد مزبور از خود مالک اصلی و واقعی صادر شده و خود وی مُجری عقد و فاعل مباشر و مستقیم عقد بوده، آنگاه وجهی ندارد کسی بگوید: وی باید فعل خودش را (عقدی را که انشاء کرده) از نو اجازه کند، تا به حال شنیده بودیم که اگر فضولی عقدی را انشاء کرد نیاز به اجازهٔ مالک اصلی داریم، ولی نشنیده بودیم که اگر خود مالک واقعی هم عقدی را انشاء کرد نیازمند به اجازه باشد!!

(از این دلیل می‌توان دو نوع جواب داد، یکی اینکه: در بیع مکره با اینکه بایع و مجری عقد خود مالک اصلی است معذلک فقهاء فرمودند: پس از رفع اکراه باید معاملهٔ قبلی را اجازه کند، پس نظائری داریم که شخص فعل خودش را اجازه کند.

و دیگری اینکه: اگر مالک واقعی به عنوان اینکه مالک است و با علم به مالک بودن اجراء عقد کرد نیازی به اجازه نیست و از آغاز به عنوان مزبور طیب نفس و تراضی هست و کار تمام است. ولی اگر به عنوان اینکه مال دیگری است انشاء بیع کرد و اصلاً احتمال نمی‌داد که ملک خودش باشد، در اینجا از اوّل طیب نفس مالک بما هو مالک نیست و باید طیب نفس و تراضی باشد تا معامله لازم شود، و آن با اجازهٔ بعدی تدارک می‌شود، پس نیاز به اجازهٔ بعدی هست.)

دلیل دوّم: بایع در مقام انشاء مستقیماً که نقل مال خودش را قصد نکرده (چون اصلاً التفات به این مطلب نداشت و نمی‌دانست که مال خودش است و خیال می‌کرد ملک دیگری است.) آری وی قصد نقل مال معیّن را دارد یعنی وقتی می‌گوید: بعتُ هذا الکتاب بکذا، مقصودش آن است که این کتاب معیّن به مشتری منتقل شود و در ملک او داخل شود، بدون این که شعور و التفاتی به مسأله مالکیّت واقعیِ خود داشته باشد. حال این قصد نقل مال معیّن به دیگری از دو حال خارج نیست:

۱ـ یا از قصد نقل مال خودش به عنوان این که مال خودش می‌باشد، کفایت می‌کند و همین مقدار از قصد بس است که در این صورت نه تنها نیازی به اجازهٔ بعدی نیست

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۶.

بلکه نیازی به اذن قبلی هم نیست، و بالاتر از اذن است تاچه رسد بـه اجـازه، و دلیـل اولویّت آن است که خود مالک واقعی فاعل مباشر بوده و مستقیماً عقد را انشاء کرده نه این که به دیگری اذن در بیع دهد و وکیل بگیرد، یا بیع فضولیِ دیگری را اجازه کند.

۲ـ و یا قصد مزبور کافی نیست و موجب حصول قصد نقل به مال خودش نمی‌شود و جای آن را نمی‌گیرد در این صورت باید از اساس حکم به بطلان کرد، چون وی نقل مال معیّن را قصد کرده و قصد مزبور هم فایده‌ای ندارد، قصد مال خودش هم نکرده، عقود هم که تابع قصود است، پس وجهی برای صحّت نیست.(جواب این دلیـل بـعداً خواهد آمد.) پس در هر صورت نیازی به اجازهٔ لاحق نیست.

قوله: ولکن الاقوی:

گروه دوّم برای اثبات مدعّای خود دلائلی دارند:

دلیل اوّل: محقّق ثانی فرموده[1]: بایع در هنگام انشاء بیع قصد نقلِ فعلی و حـالی ندارد و منظورش این نیست که به مجرّد انشاء، نقل و انتقال محقق شود، و مبیع ملک مشتری شود، زیرا خودش هم معتقد است که مالک نیست و مبیع ملک غیر است و تا غیر راضی نشود معامله درست نمی‌شود پس از خود او هم بپرسیم که منظور نقل فعلی و به مجرّد انشاء است؟ در جواب خواهد گفت، هرگز! آری قصد نقل مع الاجازه را دارد یعنی مقصودش این است که پس از ضمیه شدن اجازه نقل و انتقال بیاید و معامله اثر دار شود، پس، از آغاز قصد خاصّ یعنی قصد تملک بعد از اجازه مطرح بوده و در انشـاء لحاظ شده و عقود هم تابع قصود است، پس باید اجازه بیاید تا صحیح باشد وگرنه از قصد تخلّف شده است.

قوله: الّا ان یقال:

دلیل مزبور قابل قبول نیست و به دو بیان رّد شده:

بیان اوّل از خود محقّق ثانی است که فرموده: قصد اصل بیع کفایت می‌کند.

مرحوم شیخ در توضیح این جمله می‌فرماید: آن که قوام معامله به آن است و در اصل انشاء و عقد دخیل است همین قصد اصل نقل و تملک است، و امّا این که آیا به

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۶.

دنبال عقد به مجرّد قصد ملکیّت حاصل می‌شود یا پس از اجازهٔ مالک اصلی انتقال می‌آید ربطی به مدلول لفظ عقد (بعتُ کذا بکذا) ندارد، نه وجود آن دخیل و معتبر است تا در ضمن عقد قصد شود و نه عدم آن دخیل است تا قصدش قادح باشد، بلکه ترتّب اثر به مجرّد عقد و انشاء، یا پس از لحوق اجازه از احکام شرعیّه‌ای است که بر عقود عارض می‌شود و به اختلاف موارد، مختلف و متفاوت می‌شود، یعنی در پاره‌ای از موارد به مجرّد عقد ملکیّت می‌آید و اثر مترتّب می‌شود، و در برخی موارد با آمدن یک امر متأخّر از عقد (از قبیل تقابض در بیع صرف، قبض ثمن در بیع سلف، قبض در هبه، اجازه در بیع فضولی و...) اثر بار می‌شود و حکم به صحّت یا لزوم می‌شود ولی تمام این‌ها از ماهیّت و حقیقت صیغهٔ بیع خارج است و مربوط به حکم شارع است. آن‌گاه قصد اصل نقل مهم و لازم است که دارد، امّا قصد نقل از حین عقد یا از حین اجازه دخیل نیست تا شما بگوید: نقل بعد از اجازه را قصد کرده، عقود هم تابع قصود است پس باید اجازه هم بیاید، خیر از این راه لزوم اجازه ثابت نمی‌شود.

بیان دوّم: درباب اجازه دو مبنی بود: یکی قول به کشف و دیگری قول به نقل، حال بر مبنای کاشفیّت (که مبنای استدلال محقّق ثانی هم هست) نبود قصد مذکور (قصد نقل فعلی و حالی و از لحظهٔ انشاء) قادح نیست (در ترتّب اثر از حین عقد) بلکه چه بسا قصد نقل بعد از اجازه قادح باشد چرا که معنای کشف، ترتب اثر از حین عقد است و معنای قصد مزبور، ترتب اثر از حین اجازه است و تنافی دارند و با قول به کشف نمی‌سازد. پس یا قصد نقل از حین عقد بکند و یا قصد نقل مطلق داشته باشد و گرنه با مبنای کشف سازگار نخواهد بود.

دلیل دوّم: قوله: فالدلیل:

به عقیدهٔ شیخ بیشتر ادّله‌ای که در بیع فضولی، لحوق اجازه را شرط لزوم دانسته و در لزوم معتبر می‌دانست در ما نحن فیه هم جاری و ساری است و بر اعتبار و اشتراط اجازه در لزوم دلالت دارد، و آن ادّله عبارت بود از کتاب و سنّت و اجماع و عقل، که بیشتر آنها در ما نحن فیه قابل جریان است:

امّا کتاب: عموم آیهٔ تجارت: در این آیه دو چیز مطرح شده: یکی اکل مال به باطل، و دیگری تجارت تؤام با تراضی و به حکم این آیه تنها در صورتی که تجارت با تراضی

باشد اکل مال به باطل نیست و منظور تراضیِ مالکها به عنوان مالک بودن است وگرنه تراضی دیگران یا به عناوین دیگر ارزشی ندارد و مجوّزِ اکل مال دیگران نیست، و در ما نحن فیه تراضی مالک به عنوان این که مالک است از اوّل نبوده، چون بایع خیال می‌کرد مال دیگری را می‌فروشد و به آن عنوان رضا به بیع داده نه به عنوان مال خودش، پس باید اجازهٔ بعدی بیاید تا عنوان تجارت با تراضیِ مالکین محقّق شود تا اکل مال به باطل نباشد.

و امّا سنّت: عموم قاعدهٔ سلطنت: مردم بر اموال خویش سلطنت دارند، و این بایع هم که مال واقعیِ خود را فروخته از این قانون مستثنیٰ نیست و به عنوان اینکه مال خودش می‌باشد بر آن سلطنت دارد و اختیار مال دست او است وکسی حق ندارد او را ملزم سازد، پس اگر بعد از علم و التفات راضی شد و اجازه‌کرد معامله صحیح است و الاّ فلا.

و عموم قاعدهٔ طیب نفس: این عموم دلالت دارد که هیچ کسی بدون رضای باطنی و طیب نفس مالک حق ندارد در اموال او تصرّف کند، و ملاک رضایت مالک است به عنوان مال خودش و به عنوان اینکه مالک است نه اینکه ملاک یک طیب نفسی باشد چه از مالک بما هو مالک و چه از دیگران، و فرض این است که بایع به این عنوان طیب نفس نداشته پس باید بالحوق اجازه جبران شود.

و امّا حکم عقل: عقلاً هم طیب نفس و رضایت مطلق کافی نیست و باید به عنوان مالک، باشد که از اوّل نبوده، آری مسألهٔ اجماع در ما نحن فیه نیست، چراکه غیر واحدی از فقهاء فتوی به عدم لزوم اجازه دادند.

قوله: و امّا ما ذکرناه:

جواب از دلیل دوّم گروه اوّل: اینکه گفتید: بایع قصد نقل به سوی مال معیّن دارد و از دو حال خارج نیست: یا چنین قصدی کفایت می‌کند و یا کفایت نمی‌کند... ما شقّ ثانی را اختیار کرده و می‌گوییم: چنین قصدی در تحقّق صحّت فعلی (که ما را از آمدن اجازه مستغنی بسازد) کفایت نمی‌کند ولی در تحقّق صحّت تأهّلی و شأنی کفایت می‌کند، بیان مطلب: از نظر تحقّق صورت عقد (و اینکه معاملهٔ قابل لازم شدن باشد محقّق شده) همان قصد نقلِ مال معیّن خارجی کفایت می‌کند و امّا اینکه این بیع را به قصد اینکه مال

خودش است انجام دهد یا به قصد اینکه مال دیگری است انجام داد، و در این قصد نفس یا قصد غیر داشتن مصیب باشد یا خطا بکند، اینها در تحقّق مدلول عقد نقشی ندارند نه نبود اینها قادح است و نه وجود اینها نافع، و بر همین اساس ما در مسألهٔ سوّم از مسائل بیع فضولی (که مال مردم را برای خود و به قصد خودش می‌فروشد) حکم به صحّت کردیم و گفتیم: مهمّ اصل قصد نقل و تملیک است و امّا قصد نفس داشتن لغو است و تأثیری ندارد. پس قصد نقلِ مال معیّن خارجی تا این مقدار کفایت می‌کند.

و امّا صحّت فعلی که معاملهٔ مزبور لازم هم بشود درگرو طیب نفس و تراضی است و اینجا است که مطلق رضایت دادن به انتقال متاعی به دیگری، کافی نیست بلکه باید طیب نفس مالک به عنوان اینکه مالک است در میان باشد، تراضیِ مالکیَن به عنوان اینکه مالک هستند وجود داشته باشد نه وجود یک تراضیِ مجمل و فی الجمله‌ای که اتّفاقاً و تصادفاً تراضیِ مالکی از آب در آمده، و طیب نفس مالک به عنوان مالک بودن در هنگام انشاء نبوده (چون اصلاً خبر نداشت که خودش مالک است) و لذا نیاز داریم که این رضایت خاطر بعداً ملحق شود تا معامله لازم شود بر این اساس است که ما به انشاء قدیم بسنده نکرده و اجازهٔ جدید را شرط می‌دانیم.

(به عبارت دیگر: در عقد دو چیز معتبر است: یکی انشاء بیع و دیگری رضایت مالک یا مأذون و خلاصه: رضایت کسی که استناد عقد به او مفید است، و اوّلی شرط صحّت است که از اوّل وجود دارد و دوّمی شرط لزوم است که بعداً باید ملحق شود.)

قوله: فلو اذن:

بر مطلب مذکور (طیب نفس مالک به عنوان اینکه مالک است باید باشد و آن بعد از علم و اطلاع و راضی شدن است نه قبل از آن) اموری را مبتنی و متفرع می‌کنند:

۱ـ اگر شخصی به اعتقاد اینکه فلان متاع ملک فلانی است به دیگری اذن در تصرّف داد و گفت: من به شما اجازه دادم که از فلان غذا که مال زید است تناول کنید، به فلان مرکب سوار شوید و... و مأذون می‌دانست که این غذا مال خود آذن است ولی خبر ندارد، صرف اذن مزبور مجوّز تصرّف نمی‌شود و مأذون حق ندارد در آن مال تصرّف کند، چون اذن مزبور از ناحیهٔ مالک به عنوان اینکه مالک است صادر نشده و به این عنوان راضی نشده است.

۲ـ اگر شخصی به خیال اینکه عبدی مملوک دیگری است آن را آزادکرد پس معلوم شد که عبد خودش بوده باز عتق محقّق نمی‌شود وکلاً باطل است، چون به عنوان اینکه عبد خودش است راضی به عتق نبوده و اجراء صیغه نکرده است.

۳ـ اگر شخصی به دیگری وکالت داد و گفت: از طرف من این زن را طلاق بده، و وکیل هم قبول وکالت کرده و آن زن را طلاق داد، بعداً معلوم شد که زوجهٔ خودش را طلاق داده است باز هم چنین طلاقی محقّق نمی‌شود. چراکه قصد طلاق به عنوان زوجهٔ خودش نداشته و به عنوان زوجهٔ موکّل قصد طلاق کرده، فما قصد لم یقع و ما وقع لم یقصد، و در اینگونه موارد پس از کشف خلاف اجازه هم دردی را درمان نمی‌کند برای اینکه عقود قابلیّت دارند که بر اجازهٔ بعدی موقوف شوند ولی ایقاعات چنین قابلیّتی ندارند، (کما سیأتی)

۴ـ قوله: و لو غرّه الغاصب:

مقدّمه‌ای می آوریم که هم به حال فرازهای قبلی سودمند باشد و هم روشنگر مطالبِ این فراز باشد، و آن این که: درکّل انشائها و معاملات (چه عقود که طرفینی است و ایجاب و قبول لازم دارد و چه ایقاعات که یک طرفی بوده و تنها دارای ایجاب است) دو شرط قطعاً باید باشد:

یکی قصد مدلول است یعنی مُوجِبْ وقتی انشاء بیع کرده و می‌گوید: «**بعتک هذا بکذا**» باید مضمون و مفاد این عقد راکه انشاء تملیک عین به مال است، قصد کند و به قصد تحقّق آن ایجاب مزبور را ایجاد کند، یا وقتی انشاء عتق کرده و می‌گوید: «اعتقتک فی سبیل اللّه» باید مدلول صیغهٔ عتق راکه انشاء فکّ ملکِ است قصد کند. و ضمناً در تحقّق مدلول عقد یا ایقاع بیش از قصد انشاء تملیک مال معیّن یا فکّ ملکِ معیّن دخالتی ندارد، این که حتماً قصد نفس یا قصد غیر داشته باشد و به عنوان این که مال خودش هست انشاء تملیک کند لازم نیست و بدون آن هم مضمون عقد و ایقاع محقّق می‌شود.

و شرط دوّم اینکه طیب نفس و رضایت خاطر هم داشته باشد که اوّلی شرط صحّتِ موقوف و مراعیٰ بود و دوّمی شرط صحّتِ فعلی است و تا نباشد معامله صحیح فعلی نیست، و اینجا است که طیب نفسِ مطلق کافی نیست یعنی صرف اینکه من راضی هستم و می‌دانم که مال خودم هست و به این عنوان رضایت بدهم و طیب نفس داشته

باشم و در یک جمله تراضیِ مالکی و طیب نفس مالک بما هو مالک معتبر است، آنگاه در ایقاعات چون قابلیّت لحوق اجازه و رضایت را ندارد و از اوّلِ امر یا صحیح و لازم هستند و یا فاسد و باطل، باید طیب نفس مزبور از اوّل و مقارنِ انشاء باشد ولی عقود چون قابلیّت مزبور را دارند و لازم نیست که طیب نفس مالک در عقود، مقارن با عقد باشد لذا قابلیّت دارند که اوّل اصل عقد و انشاء تملیکِ مال معیّن به شخص معیّن واقع شود و بعداً اجازهٔ مالک به عنوان مالک به آن ملحق شود و بدین وسیله صحیح و لازم شوند.

با حفظ این مقدّمه می‌گوییم: بر هیمن اساس (که طیب نفس مالک به مال خودش به عنوان اینکه مال خودش است و این معنی محرز است باید باشد نه یک طیب نفسی به یک نقل مالی که تصادفاً مال خودش بوده) در سه فرع قبلی حکم به بطلان عتق و طلاق و حرمت تصرّف نمودیم، و اینک فرع چهارم را طرح می‌کنیم: اگر غاصبی عبد کسی را غصب کرده و به مالک اصلیِ عبد می‌گوید: این عبد من است و آن را از طرف خودتان آزاد کنید (منظور این است که اوّل به وکالت از من، عبد را به خودتان تملیک کند و سپس آن را برای خودتان آزاد کنید، چون لا عتق الاّ فی ملکٍ) مالک هم بی‌خبر از جریان، قبول کرده و عبد مزبور را آزاد می‌کند و بعد از آزاد کردن معلوم می‌شود که عبد واقعیِ خودش بوده و عبد خود را آزاد کرده بود آیا چنین عتقی نافذ و صحیح و مؤثر است؟

شیخ اعظم می‌فرماید: اقوی به نظر ما عدم نفوذ است (به همان دلیل که باید طیب نفس مالکی باشد و وی به عنوان اینکه عبد خودش هست راضی به عتق باشد و به این عنوان راضی نبوده و بعد از علم و اطلاع هم قابلِ لحوقِ اجازه و رضایت نیست.) و در این حکم با گروهی موافق هستیم:

۱ـ علاّمه در تحریر[1]

۲ـ شهید در حواشی[2]

۳ـ محقّق ثانی در جامع المقاصد[3] ضمناً محقق ثانی در ما نحن فیه (بیع مال واقعیِ

---

۱. تحریر، ج ۲، ص ۱۴۱.
۲. به نقل محقق ثانی در جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۳۳.
۳. جامع المقاصد، ج ۶، ص ۲۳۳.

خود به خیال اینکه مال دیگری است و سپس کشف خلاف) فتوی به صحّت بیع دادند و فرمودند: با لحوق اجازهٔ پس از علم و اطلاع، معامله صحیح و لازم می‌شود، و در مثال عتق فتوی به بطلان دادند، ولی کسی توهّم نکند که محقّق ثانی تناقض گوئی کرده و نباید تفصیل می‌داد بلکه یا هر دو را صحیح می‌دانست و یا هر دو را باطل، خیر تناقضی نیست و حق همان است که محقق ثانی قائل شد، چرا که عتق موقوف مراعی بر امر استقبالی نیست و باید از اوّل و مقارن با اجراء صیغه، طیب نفس خاص (یعنی طیب نفس مالک به عنوان اینکه مالک است بر فکّ مال و عتق رقبه) وجود داشته باشد که ندارد پس باطل است. ولی بیع می‌تواند بر امر استقبالی موقوف باشد و طیب نفس مقارن، شرط صحّت بیع نیست و بعداً هم بیاید کفایت می‌کند، این است سرّ تفاوت عتق و بیع.

آری ایراد تناقض به گروه دیگری وارد است که عتق مزبور را کلاً فاسد و باطل می‌دانند ولی بیع کذائی را هم صحیح و هم لازم می‌دانند و می‌گویند: نیازی به اجازهٔ بعدی نیست، و ایراد این است که، در انشائاتِ مالی (که عتق و بیع هم از این مقوله هستند) آیا انشاء مال معیّن که در واقع ملک مُنْشِیء است ولی خودش خبر ندارد و به عنوان مال خودش انشائی روی آن انجام نداده بلکه به عنوان یک مال معیّن خارجی روی آن انشاء بیع یا عتق کرده و بعداً با مال خودش مصادف شده و تصادفاً روی مال خودش بوده، آیا همین مقدار کفایت می‌کند و جای قصد انشاء به مال خودش به عنوان مال خودش را می‌گیرد؟ یا این مقدار کافی نیست و حتماً باید بداند که مال خود او است و به عنوان مال خودش انشاء تملیک یا فکّ نماید؟ و مجرّد مصادفت با واقع کافی نیست؟ اگر انشاء مزبور کفایت می‌کند پس باید در هر دو باب حکم به صحّت و لزوم کرده و بگوئیم هم بیع کذائی صحیح است و هم عتق کذای و اگر کفایت نمی‌کند باید در هر دو باب حکم به بطلان کرده و هر دو را از لزوم بلکه صحیح بودن بیندازیم، و اینکه بگوییم: عتق باطل ولی بیع صحیح و لازم است تناقض گوئی است زیرا معنای بطلان بیع آن است که قصد انشاء مزبور کافی نیست و معنای لزوم بیع آن است که قصد مزبور کافی است و ایندو متنافیان هستند و جمعشان محال است.

حقّ آن است که: قصد انشاء اگر به مال معیّنی تعلّق بگیرد تا این اندازه ارزش دارد که انشاء مزبور را قابل تأثیر بکند و نیازی به علم به مال خودش بودن ندارد، ولی این

مقدار فقط صحت شأنی است و برای صحت فعلی و خروج مال از ملک طرف به مجرّد انشاء کفایت نمی‌کند و باید اجازه هم بیاید، آنگاه اگر مورد، از باب عقود باشد که وقوف بردار هست و قابلیّت دارد که اجازهٔ بعدی بدان ملحق شود با آمدن اجازه صحت فعلی می‌آید، و اگر قابلیّت ندارد و باید طیب نفس از اوّل باشد (مثل باب ایقاعات) در اینجا از اساس باطل است و اجازهٔ لاحق هم کاری از پیش نمی‌برد.

قوله: ثم انّه ظهر:

در موارد متعدّدی مالک اصلی حق دارد معامله را فسخ و ردّ کند و یا آن را امضاء و اجازه کند: یکی در معاملات و بیوع خیاری است که در مدت خیار، شخص ذی الخیار حقّ فسخ و امضاء دارد. و یکی در معاملات فضولی است که مالک اصلی حق دارد آن را اجازه یا ردّ کند.

و دیگری در مثل ما نحن فیه است که فروشنده خود مالک اصلی بود ولی حین البیع خیال می‌کرد مالک نیست و لذا به عنوان اینکه مال خود اوست راضی نبود و بعداً معلوم شد که مالک است باز اختیار اجازه و ردّ دارد حال آیا این حقّی که مالک اصلی پس از علم و اطلاع دارد از مصادیق اجازه در بیع فضولی است؟ یا از باب حقّ الخیار در بیع خیاری است. دو مسلک وجود دارد:

۱ـ شیخ اعظم می‌فرماید: از مطالبی که در مقام ثانی در رابطه با وقوف این بیع بر اجازه ذکر کردیم (که عمومات طیب نفس و قاعدهٔ سلطنت و تجارت عن تراضٍ و... بود با بیانی که گذشت که طیب نفس مالک بما هو مالک...) به این نتیجه می‌رسیم که: حقّ ردّ یا امضاء از باب اجازه است نه از باب خیار فسخ.

قوله: فعقد:

این فراز در واقع ثمرهٔ نزاع مزبور و متفرع بر آن است: اگر از باب اجازه باشد باید گفت: عقد مالک واقعی از اصل وحدوثاً متزلزل و مراعی است و تا اجازه و طیب نفس به عنوان مالِ خودش نیاید هیچ حکمی ندارد، ولی اگر از باب حقّ الخیار باشد باید گفت: عقد مزبور حدوثاً محقّق شده و بقائاً متزلزل است اگر اِعمال خیار کرد و امضاء کرد مستقّر می‌شود وگرنه مرتفع می‌شود.

۲ـ برخی از قریب العصرها (محقّق تستری[1]) و به تبع ایشان بعض المعاصرین (صاحب جواهر[2]) فرموده‌اند: حقّ مزبور از باب حق الخیار است و معاملهٔ مزبور بقائاً متزلزل است نه حدوثاً، و دلیل این بعض هم قانون لاضرر است که وی خبر نداشته که مالک واقعی بوده و لذا فروخته و خود این نوعی ضرر است (شاید ضرر مالی باشد به این معنی که چون خیال می‌کرد مال دیگری است لذا ارزان فروخته و مغرور و مغبون شده و خیار غبن دارد، و شاید ضرر غیر مالی باشد که ناگاهانه اقدام کرده و سلطنت خود را از بین برده است و این نوعی ضرر است که اعمّ از نقص در مال یا جان یا آبرو است. و از کلمات بعدی همین معنی مستفاد است.) و به حکم نفی ضرر، چنین ضرری مرتفع شده و جبران آن به اختیار فسخ و امضاء است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: این نظریّه صحیح نیست زیرا حق الخیار فرع بر انتقال ملک به طرف است (البته بنابر مشهور نه بر مسلک شیخ طوسی که تا مدّت خیار منقضی نشود قائل به ملک نیست) و در تعریف حق الخیار گفته‌اند: ملکِ فسخِ عقد و ازالهٔ بقاء آنست، پس باید عقدی محقق شده باشد و ملکیتی آمده باشد و ما از بقاء و استمرار آن جلوگیری کنیم، و مکرّر دانستیم که انتقال هم در گرو طیب نفس است و در ما نحن فیه طیب نفس معتبر (از مالک به عنوان مال خودش) نبوده تا انتقالی حاصل شود، پس حدوثاً متزلزل است.

و امّا مسألهٔ لاضرر که آوردید: ضرری که در ما نحن فیه مطرح است ضرر مالی نیست که مربوط به عوض یا معوض باشد (یعنی مثلاً مبیع معیوبی را خریده و حکم به لزوم موجب ضرر است و به حکم لا ضرر دفع می‌شود، یا جنسی را گران خریده و مشتری مغبون شده یا ارزان فروخته و بایع مغبون شده و حکم به لزوم موجب ضرر است و با قانون نفی ضرر مرتفع و مندفع می‌شود.) بلکه ضرر مربوط به جهالت است منتهی جهل به انتقال دو گونه است: گاهی جاهل به اصل انتقال است و اساساً روحش خبر ندارد که مال او را به دیگری فروخته‌اند (در فضولی متعارف) و بعداً مطلع می‌شود و حقّ اجازه و ردّ دارد. و گاهی از نقل و انتقال با خبر است و اساساً خودش این کار را کرده (در ما نحن فیه) ولی از اینکه نقل و انتقال به مال خود او تعلّق گرفته و مال خودش را

---

۱. مقابس الانوار، ص ۱۳۷.
۲. جواهر الکلام، ج ۲۲، ص ۲۹۸.

فروخته بی‌خبر است و آن ضرری که صحت معامله را موقوف بر اجازه می‌کند همین ضرر است یعنی چون جاهل بوده و طیب نفس به انتقال مال خودش نداشته، ناچار باید بعداً اجازه کند تا جلوی سلطنت او گرفته نشود و از این بابت وی متضرّر نشود. (و ثمرات اینکه از باب اجازه یا حق الخیار باشد را در تنبیهات اجازه آوردیم.)

قوله:ثم انّ الحکم:

در باب بیع فضولی دو مسلک بود:

۱ـ مشهور فتوی به صحّت دادند

۲ـ و عدّه‌ای فتوی به بطلان، حال آیا صحّتِ معامله در ما نحن فیه (مال خودش را فروخته ولی خیال می‌کرد مال دیگری است... .) منوط به صحّت معامله در بیع فضولی است بگونه ایکه اگر در آنجا فتوی به صحت دادیم، در اینجا هم فتوی به صحّت دهیم و اگر در آنجا قائل به بطلان شدیم در اینجا هم قابل به بطلان شویم؟ یا مبتنی بر آن نیست و حتّی بنابر قول به بطلان معاملهٔ فضولی هم این معامله صحیح است؟

مرحوم شیخ سر بسته می‌فرماید: خیر، حکم به صحّت در اینجا مبتنی بر حکم به صحّت در بیع فضولی نیست، بلکه بنابر قول به بطلان هم، جاری است و سپس یک استثناء می‌زنند، ولی برای تکمیل بحث چنین محاسبه می‌کنیم: ادلّهٔ بطلان بیع فضولی عبارت شد از ادلّهٔ اربعه (کتاب، سنّت، اجماع، عقل) و هر کدام را جداگانه می‌آزمائیم:

دلیل اوّل: آیهٔ تجارت بود که به قول مستدّل، دلالت داشت بر مقارنتِ طیب نفس و اینکه باید طیب نفس مقرون به عقد باشد و در بیع فضولی این شرط نیست پس باطل است. اگر مستندِ بطلان این دلیل باشد باید در ما نحن فیه هم حکم به بطلان کرد، چون طیب نفس مالک به عنوان مالِ خودش، از اوّل نبوده و بعداً آمده، ولی ما قبلاً از این دلیل جواب دادیم و ثابت کردیم که مقارنتِ طیب نفس لازم نیست و طیب نفس متأخّر هم کفایت می‌کند.

دلیل دوّم: روایاتِ ناهیه بود که می‌گفت: لا تبع ما لیس عندک... اگر مستند بطلان این اخبار باشد اینها در ما نحن فیه جاری نیستند، زیرا فروشنده مالک واقعی است و بیع او بیع ما لیس عنده نیست. پس ولو بیع فضولی را باطل بدانیم، دلیل بر بطلان بیع در ما نحن فیه نیست.

دلیل سوّم: اجماع بود، این نیز در ما نحن فیه نمی‌آید، زیرا دیدیم که مشهور فتوی به صحت داده بودند.

دلیل چهارم: حکم عقل به قبح تصرّف در مال غیر بود که از این راه به حرمت و از آن راه به فساد منتقل شدند و اگر مستند بطلان بیع فضولی این دلیل باشد، در ما نحن فیه هم جاری است زیرا که: بایع گرچه مالک واقعی است ولی به اعتقاد خودش مال غیر را می‌فروشد و به اعتقاد خودش، تصرّف مزبور در مال غیر بدون اذن غیر و قبیح است (البته از باب تجرّی نه قبح واقعی) و همان بیان در اینجا هم می‌آید. ولی خوشبختانه سابقاً به پنج بیان از دلیل عقلی بر بطلان هم جواب داده و آن را ردّ کردیم. پس مسألهٔ ما مبتنی بر آن مسأله نیست و اصولاً اینجا فضولیِ صوری است نه واقعی.

صورت چهارم: صورت چهارم از چهار صورت مسأله سوّم آن است که: متاعی را برای خودش می‌فروشد ولی به خیال اینکه مال دیگری است و وی غصب کرده و می‌فروشد، و بعداً معلوم می‌شود که: مالِ خودش بوده و ملک واقعیِ خود را فروخته است، چنین معامله‌ای چه حکمی دارد؟

می‌فرماید: از نظر حکم به صحت، این صورت مثل صورت سوّم است و دلیل صحّت همان است. و از نظر وقوف بر اجازه نیز ادلّهٔ لزوم اجازه همان ادلّه است و با اجازه بعدی صحیح و لازم می‌شود. البته در این صورت چهارم وجهی برای عدم وقوف بر اجازه می‌توان آورد که در صورت سوّم نبود، و آن اینکه: در صورت سوّم مالکیّت واقعی و ادعائی تطابق نداشت و مقصود و منکشف هماهنگ نبود، مقصود، دیگری بود ولی منکشف مالکیّت خودش بود، امّا در صورت چهارم اینها تطابقِ کامل دارند و قصد تملیک برای خودش بوده و مالک واقعی هم خودش بوده و لذا چه بسا اجازه هم لازم ندارد. و لذا جناب محقق تستری که در صورت سوّم فتوی به حق الخیار داد در اینجا لزوم را تقویت کرده و فرموده: نیازی به اجازه نیست [۱].

۱. مقابس الانوار، ص ۱۳۶

الکلام فی المجاز

در مورد اجازه به ترتیب سه مبحث مطرح است:

۱ـ سخن در شروط و احکام خود اجازه (در این بخش مسألهٔ کاشفیّت و ناقلیّت، ثمرات کشف و نقل، تنبیهات مسأله ذکر شد)

۲ـ سخن در احکام و شروط شخص مُجیز (این بخش هم سه مسألهٔ عمدهٔ داشت که تا به حال بررسی شد.)

۳ـ سخن در احکام و شروط عقد مُجاز، که فعلاً مورد بحث است. و برای اینکه مبحث مذکور به نحو مستوفا و مستقصا انجام بگیرد، سه امر لازم است:

امر اوّل: عقود و از جمله بیع دارای سه دسته شرایط می‌باشد.

۱ـ شروط صیغه (عربیّت، ماضویّت، موالات، ترتیب، تطابق، تنجیز و...)

۲ـ شروط متعاقدین (عقل، بلوغ، قصد، اختیار، حریّت، مالک یا مأذون بودن و...)

۳ـ شروط عوضین (مالیّت، ملکیّت، معلومیّت عوضین، قدرت بر تسلیم، اسلام مشتری فی الجمله و...)

حال اگر عقد بیع از دو مالک یا دو مأذون صادر شود باید در حال عقد و انشاء کلیّهٔ شروط مذکور موجود باشد، ولی سخن در صدور عقد از فضولی است، در عقد فضولی هم شروط صیغه قطعاً باید باشد وکسی را در آن بحثی نیست، شروط متعاقدین هم قطعاً باید باشد وگرنه عقد مزبور، قابل لحوق اجازه نخواهد بود، البته فقط رضایت و طیب نفس مالک مستثنا است زیرا اگر اینهم در حال عقد باشد که فضولی نخواهد بود و سالبه به انتفاء موضوع می‌شود، ولی سایر شروط متعاقدین باید باشد، انّما الکلام در این است که: آیا شروط عوضین هم در حال عقد باید موجود باشد؟ مثلاً معلومیّت عوضین هم لازم است و اگر فضولی صبره‌ای ازگندم را فروخت و علم به مقدار و اندازهٔ آن نداشت و حین العقد نمی‌دانست که چند پیمانه است، باطل است؟ یا علم مذکور از فضولی لازم نیست و در حال اجازه و از طرف مُجیز که معلوم باشد کافی است؟ یا مثلاً قدرت بر تسلیم لازم است یا نه؟ اسلام مشترِیِ قرآن و عبد مسلم لازم است یا نه؟ طهارت مبیع لازم است یا نه؟ مالیّت آن در حال عقد لازم است یا نه؟ و... چند احتمال مطرح است:

۱ـ در عقد فضولی نه شروط متعاقدین معتبر است و نه شرایط عوضین، و در حال عقد وجود هیچکدام از آنها شرط نیست. این احتمال قطعاً باطل است واحدی بدان تفوّه نکرده است.

۲ـ در عقد فضولی در حال انشاء هم شروط متعاقدین به استثنای رضایت مالک باید باشد و هم شروطِ عوضین، و رأی مرحوم شیخ همین است و لذا می‌فرماید: الاوّل یشترط فیه کونه جامعاً و... .

۳ـ در عقد فضولی فقط شروط متعاقدین که در فضولی و اصیل باشد کافی است و شروط عوضین در حال انشاء نه در طرف فضولی و نه اصیل لازم نیست مرحوم شیخ می‌فرماید: این مقدار کفایت نمی‌کند و باید شروط عوضین هم باشد، دلیل ایشان در ادامه خواهد آمد.

۴ـ در عقد فضولی نسبت به طرف فضولی شروط عوضین معتبر نیست ولی نسبت به طرف اصیل مطلقاً معتبر است چه اجازهٔ بعدی را کاشفه بدانیم و چه ناقله، به این دلیل که هر کجا عقدی با اذن سابق تام و مؤثر است با اجازهٔ لاحق هم تمام و مؤثر است و آن فرض وجود شرایط مزبور است که در حق اصیل باید مراعات شود.

۵ـ در طرف فضولی وجود شروط عوضین معتبر نیست ولی در طرف اصیل بنابر قول به کاشفیّت اجازه، معتبر است به این دلیل که علی الکشف معامله از اوّل از طرف اصیل لازم است و باید بدان وفا کند و وجوب وفا در فرضی است که عقد از طرف او جامع جمیع شروط صحت باشد، وگرنه وجوب وفا نخواهد داشت.

قوله: و ذلک:

(مرحوم شهیدی این را علّت برای لتوقّف تاثیره... گرفته[1] و مرحوم سیّد آن را علّت برای لا یکفی دانسته[2] ولی حق این است که: این فراز علّت اصل مدعّای مرحوم شیخ است که فرمود: یشترط فیه کونه جامعاً لجمیع الشروط... و وقتی این مدعّا مدلّل شد احتمالات بعدی هم ابطال می‌شود و نیازی به بیان جدا ندارد.) دلیل بر اشتراط جمیع شروط در حال عقد این است که: عقدی که فضولی با اصیل انشاء کرده‌اند از دو حال خارج نیست:

---

۱. هدایة الطالب، ص ۳۰۳.   ۲. حاشیة السیّد علی المکاسب، ص ۱۷۰.

۱ـ یا تمام السبّب برای نقل و انتقال و ملکیّت است که این دو بخش دارد:

الف: اجازه کاشفه باشد. **ب:** اجازه ناقله باشد ولی شرط باشد نه جزء

در هر صورت عقد سبب و مقتضی برای ملکیّت است و عقد هم با شروط مزبور تأثیر می‌کند نه بدون آن، پس باید شروط مذکور کّلاً در عقد باشد.

۲ـ و یا جزء سبب است و جزء دیگر اجازه است (بنابر ناقلیّت و جزء بودن اجازه نه شرط بودن آن) که باز هم باید کلّیهٔ شروط در حال عقد موجود باشد به این دلیل که: اگر سببی مرکّب از دو جزء بود باید شروط معتبر در آن سبب از اوّل شروع عقد موجود باشد نه این که در اثناء و بعداً بیاید.

قوله: و لهذا:

شاهدی است برای همین فرض دوّم که از انشاء دو مالک می‌آورند و آن اینکه: در مورد دو اصیل هم باید از اوّل ایجاب تا آخر قبول شروط صحّتِ عقد باشد و از جملهٔ شروط، علم به عوضین است، پس اگر در حال ایجابِ موجِب، قابل جاهل به عوضین یا احد هما باشد ولی در حال قبول عالم شده و عالماً قبول را انشاء کند کفایت نمی‌کند و ایجاب مزبور جایز و نافذ نیست. هکذا در ما نحن فیه که عقد فضولی است و اجازه جزء سبب است و به منزلهٔ انشاء دو اصیل است و باید از بدو شروع در جزء اوّل یعنی خود عقد، شرطهای معتبر باشد.

قوله: بل:

بلکه حتی اگر در شاهد مثال مذکور بگوییم: ایجاب در حال جهل قابل به عوضین، نافذ است ولی در ما نحن فیه یعنی عقد فضولی، انشاء عقد با جهل فضولی یا طرفین به عوضین صحیح نیست، زیرا اجازه را اگر کاشفه بدانیم که سبب تامّ خود عقد است و از اوّل در واقع تأثیر و نقل و انتقال بوده و تا جامع شروط نباشد تأثیری نیست. و اگر ناقله بدانیم و مبنای شرطیت را اختیار کنیم (کما هو الا قوی) باز مقتضی و سبب خود عقد است و وقتی می‌گوییم: شروط مزبور شروط عقد است یعنی شرط خود عقد است نه اینکه شرط شرط عقد (اجازه) باشد. و اگر مبنای جزئیّت را اختیار کنیم، باز معنای جزئیّت اجازه آن است که اجازه جزء عقد مؤثر است یعنی در ترتّب اثر شرعاً دخیل است نه اینکه جزء اصل عقد و انشاء باشد و بدون آن انشاء صحیح نباشد، آنگاه کلّ

ادّله‌ای که (از نصوص و اجماعات) شروطی را در بیع معتبر می‌کنند ظهور دارند در اعتبار این شروط در اصل انشاء نقل و انتقال به سبب عقد، نه در اعتبار این شروط در لزوم عقد و ترتّب اثر شرعی بر آن، پس باید شروط مزبور از اوّل و از زمان عقد باشد.

قوله: نعم:

شروط عوضین را می‌توان به دو دسته تقسیم کرد:

۱ـ شروطی که در اصل انشاء معتبر هستند و ادّلهٔ اعتبار آن شروط، آنها را در اصل صحّتِ انشاء معتبر کرده مثل مالیّت عوضین، علم به عوضین و... که در اصل عقد معتبر هستند.

۲ـ شروطی که در اصل انشاء دخیل نیستند، بلکه در لزوم عقد و ترتّب اثر شرعی بر آن معتبر هستند، اینها را می‌توان گفت که در حال عقد لازم نیست و در حال اجازه که باشد کافی است، زیرا ترتّب اثر بعد از اجازه و بدنبال آن است. و شاید مسألهٔ قدرت بر تسلیم از این قبیل باشد که شرط ترتب اثر شرعی است و در حال اجازه که مجیز قادر بر تسلیم باشد کافی است و بیش از آن لازم نیست. و نیز اگر فضولی مصحفی را به کافری فروخته یا عبد مسلمی را فروخته و در حال شراء مشتری کافر است ولی در حال اجازه مسلمان شده همین کافی است و اسلام مشتری هم شرط ترتّب اثر است نه شرط اصل انشاء.

قوله: ثمّ هل:

به عقیدهٔ ما شروط متعاقدین و عوضین (آندسته که در اصل انشاء معتبر بودند) در حال عقد باید باشد وگرنه عقد فضولی صحیح نیست، حال سؤال این است: آیا لازم است که شروط مزبور از حال عقد فضولی تا زمان اجازهٔ مالک اصلی باقی و مستمر باشند؟ یا لازم نیست؟

مرحوم شیخ تفصیل داده می‌فرمایند: امّا شروط متعاقدین در حال عقد که باشند کافی است و بقاء متعاقدین بر شرائط مزبور تا زمان اجازه معتبر نیست (مثلاً اگر بعد از عقد یکی از متعاقدین مجنون شد یا مرد معامله باطل نمی‌شود.) زیرا اگر اجازه را کاشفه بدانیم که پرواضح است: امّا اصیل که از طرف او عقد از اوّل صحیح و لازم شد و حقّ فسخ ندارد و لو بعداً بمیرد هم لطمه‌ای به عقد وارد نمی‌شود، و امّا فضولی هم به مجرّد

انشاء عقد به کلی از معامله اجنبی و بیگانه است و بقاء او بر شروط معتبر نست. و اگر ناقله هم بدانیم باز علی التحقیق اجازه شرط است و امّا سبب و مقتضی و مؤثر خود عقد است که آن هم واجد شرایط بوده و بیش از آن لازم نیست.

(آری اگر اجازه سبب باشد آن هم جزء سبب برای اصل عقد و انشاء حق این است که از اوّل تا زمان اجازه شروط مزبور باقی باشد، شبیه بقاء آنها از آغاز ایجاب تا انجام قبول و اگر جزء سبب برای ترتب اثر شرعی باشد باز بقاء لازم نیست.)

و باز آری اگر کسی اجازه را بیع مستأنف و جدیدی بداند که قائم مقام ایجاب و قبول هر دو باشد، در حال اجازه هم باید مجُیز و اصیل باقی بر شروط متعاقدین باشند، چون عقد جدید است. ولی این مبنا باطل است.

و امّا شروط عوضین: اگر اجازه را ناقله بدانیم بقاء آنها تا زمان اجازه لازم است، زیرا الان و با اجازه نقل و انتقال می‌آید پس الان باید مالیّت باقی و بر قرار باشد (پس اگر در حال عقد فضولی این مایع پاک بود و مالیّت داشت ولی در حال اجازه نجس شده، یا سرکه بود و حالا خمر شده و از مالیّت افتاده معامله باطل است.) ولی اگر اجازه راکاشفه بدانیم دو وجه پدید می‌آید (منشأ دو وجه ظهور ادلّهٔ اشتراطِ مالیّت و... است در بقاء و استمرار یا عدم ظهور آنها، اگر ظهور در استمرار داشتند، بقاء معتبر است و الاّ فلا) مرحوم شیخ می‌فرماید: اعتبار بقاء شروط عوضین تا زمان اجازه بنابر کاشفیّت اجازه هم مثل فرض ناقلیّت بعید نیست. (ظاهر این جمله آن است که: ایشان ظهور ادلّه را در استمرار تقویت می‌کنند در حالی که سابقاً در بیان ثمرات کشف و نقل با صاحب جواهر مخالفت کرده و منکر ظهور در استمرار شدند.)

امر دوّم: عقد مُجاز (عقد فضولی که بعداً از سوی مالک اصلی یعنی مُجیز، امضاء و اجازه می‌شود و عقد مُجاز نامیده می‌شود.) گاهی برای شخص مُجیز معلوم بالتفصیل است یعنی دقیقاً می‌داند که چه کسی عقد خوانده، چه نوع عقد خوانده، بر چه مالی از اموال او عقد خوانده، به چه ثمن و قیمتی عقد خوانده است، تمام این‌ها برای مالک اصلی معلوم و مشخّص است. و گاهی عقد مزبور در نزد مُجیز معلوم بالاجمال است یعنی اجمالاً می‌داند که عقدی خوانده شده ولی جنس عقد نزد وی معیّن نیست، مثلاً می‌داند که بر جاریهٔ او عقدی فضولی انشاء شده ولی نمی‌داند که عقد نکاح است یا عقد

بیع؟ یا جنس عقد را می‌داند که مثلاً بیع است ولی بیع انواع و اقسامی دارد و نمی‌داند که کدام قسم از بیع انشاء شده، یا می‌داند که عقد صلح اجراء شده ولی کدام نوع از صلح است معلوم نیست، یا از ناحیۀ مثمن گیر دارد و نمی‌داند کدام مال از اموال او فروخته شده؟ یا از ناحیۀ ثمن جهالت در کار است و نمی‌داند که به چه مبلغی کتابش را فروخته‌اند؟ و بالجمله عقد فضولی از جمیع جهات معتبر و لازم، نزد مُجیز مشخّص نیست بلکه از بعضی جهات معلوم است. حال سؤال این است که: اگر بخواهد اجازۀ مالک اصلی یا مجیز نافذ و مؤثر باشد، آیا شرط است که عقد مُجاز برای مُجیز معلوم بالتفصیل باشد؟ یا معلوم بالاجمال هم که باشد کفایت می‌کند؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: در این مورد دو وجه (احتمال دارای دلیل) وجود دارد:

۱ـ قوله: من کون:

علم اجمالی کفایت می‌کند و علم تفصیلی لازم نیست، به این دلیل که: اجازۀ لاحق از اذن سابق که بالاتر نیست بلکه فرع او است و قائم مقام او است و اصل، اذن سابق و طیب نفس متقدّم است ولی اگر تقدّم و مقارنتی نبود لااقل باید اجازۀ لاحق بیاید، حال که اجازه مثل اذن سابق است و حکم او را دارد، می‌گوییم: در اذن سابق تعیین متعلّق و معلوم تفصیلی بودنِ آن لازم نیست یعنی لزومی ندارد که موکّل در مقام اذن و توکیل همۀ جهات را مشخّصاً در متن عقد توکیل بیاورد و وکیل که قبول وکالت می‌کند از آن جهات آگاهیِ کامل داشته باشد، بلکه کافی است که یک آگاهیِ اجمالی داشته باشد یعنی مثلاً بداند که زید او را در فروختن فلان اتومبیل وکیل کرده، امّا اینکه به چه کسی بفروشد، چه نوع بیعی باشد (نقد، نسیه و...) به چه قیمتی بفروشد و...، دانستن اینها در متن عقد توکیل لزومی ندارد. و وقتی در اذن سابق علم تفصیلی معتبر نبود پس در اجازۀ لاحق هم مثل اذن سابق، علم تفصیلی معتبر نیست و یا به طریق اولی معتبر نیست.

قوله: الاّ اذا:

در اذن سابق دانستن همۀ جهات و خصوصیات لازم نبود و علم اجمالی هم کفایت کرد، امّا یک شرط دارد و آن اینکه: اجمال و ابهام به درجه‌ای نرسید که قبیح و مستهجن و مُضحک باشد، که اگر به این مرتبه رسید مُخّل و قادح است، مثلاً اگر بگوید: من تو را بر یک کاری در عالم وکیل کردم، یا بر یک بیعی در مدّت عمرم وکیل کردم و... این مقدار

کافی نیست و وکالت آور نیست. ولی بحث در جائی است که از جهات فراوانی مالکِ مُجیز یا وکیل آگاهی دارند و از بعضی جهات هم ندارند، و اینها قادح نیست.

۲ـ قوله: و من انّ:

علم اجمالی کافی نیست و علم تفصیلی لازم است، به دلیل اینکه: اجازه در عقد فضولی به حسب واقع یکی از دو رکن عقد است (صغری) و دلیل رکنیّت هم آن است که تا اجازه نیامده معاهدهٔ حقیقی هم میان دو مالک محقّق نشده و وجوب وفائی در میان نیست پس باید اجازه بیاید. (اگر بایع، فضولی بوده اجازه به منزلهٔ ایجاب است و اگر مشتری، فضولی بوده اجازه به منزلهٔ قبول است.) و کبرای کلّی هم این است که: در عقد دو اصیل و دو مالک باید همهٔ جهات از اوّل تا آخر ایجاب و قبول، مشخّص باشد و اینکه قابل نداند که موجِب چه گفت و چه نوع عقدی را انشاء کرد، و صرفاً به نحو مجمل بداند که ایجابی انشاء شد، کفایت نمی‌کند، پس در ما نحن فیه هم علم اجمالی کافی نیست و باید علم تفصیلی باشد.

[دو نکته: الف: مرحوم شیخ از دو وجه مذکور هیچکدام را اختیار نمی‌کنند. ب: بحثی که در امر ثانی تا به حال مطرح شد به دو شکل قابل عرضه است: ۱ـ آیا مالک مجیز باید علم تفصیلی داشته باشد یا علم اجمالی هم کافی است؟ طبق این عنوان، بحث با مباحث شخص مُجیز تناسب دارد و از احکام آن باب است ۲ـ آیا عقد مُجاز باید معلوم بالتفصیل باشد یا معلوم بالاجمال هم کفایت می‌کند؟ در متن، این عنوان آمده و طبق این از مباحث عقد مُجاز است و مستقیماً با این بحث تناسب دارد.]

قوله: و من هنا:

تا به حال فرض بحث در جائی بود که مُجیز علم به اصل وقوع عقد فضولی داشت (اجمالی یا تفصیلی) ولی حالا اگر وی از اصل عقد خبر ندارد و نمی‌داند که عقدی واقع شده و صرفاً احتمال وقوع می‌دهد، در این جا اجازهٔ تنجیزی ممکن نیست و نمی‌تواند بگوید: امضیتُ العقد، چون می‌گوییم: تو از کجا می‌دانی که عقدی وجود دارد که امضاء می‌کنی؟ ولی آیا اجازهٔ تعلیقی به اینکه بگوید: اگر عقدی واقع شده من اجازه می‌کنم صحیح است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: از مطالبی که در وجه ثانی گفته آمد که اجازه یکی از دو رکن عقد است به این نتیجه می‌رسیم که: به احتمال قوی باید علم به وقوع عقد

داشته باشد تا بتواند اجازه کند، و مجرّد احتمال و شک و سپس اجازهٔ تعلیقی دادن کافی نیست حتّی اگر مصادف با واقع در آید و بعداً معلوم شود که واقعاً هم عقدی بوده ولی کافی نیست. دلیل مطلب آن است که: اجازه گرچه مستقیماً از عقود نیست (که خود، عقد جدیدی و مستأنفی باشد) و در معقد اجماع فقهاء که بالاجماع تعلیق را در عقود، مضرّ و مبطل می‌دانند.) داخل نیست، ولی در معنای عقود و در حکم آنها و به منزلهٔ آنها که هست (اجازه به منزلهٔ ایجاب یا قبول است) و همین مقدار کافی است که محکوم به احکام عقود باشد و تعلیق در آن قادح باشد.

قوله: و لذا:

دلیل بر اینکه اجازه در معنای عقود و به منزلهٔ آنها می‌باشد، این است که: از طرفی تا اجازهٔ مالک نیاید وجوب وفائی هم نیست، با آمدن اجازه اوفوا بالعقود می‌آید. و از طرف دیگر مضمون اوفوا بالعقود هم این است که‌ای کسانی که عاقد هستید بر شما واجب است که به عقدتان وفا درا باشید، پس با آمدن اجازه بر مُجیز عنوان عاقد یا به منزلهٔ عاقد صدق می‌کند، پس محکوم به احکام عاقد است و تعلیق بردار نیست.

قوله: فتأمّل:

اشاره به این است که: تنها دلیل لزوم تنجیز و نبود تعلیق در عقود، مسألهٔ اجماع بود، و اجماع دلیل لبّی است و باید به قدر متیقنِ آن اکتفا کرد و قدر متیقّن خود عقود است که نباید معلّق باشند و امّا چیزهائیکه در معنای عقود هستند (مثل اجازه) مشمول اجماع نیستند، پس دلیلی بر قدح تعلیق در آنها نداریم و بر فرض شک در اشتراط تنجیز، از اصل عدم اشتراط استفاده می‌کنیم پس اجازهٔ تعلیقی بلامانع است.

امر سوّم: آنچه تا به حال از آغاز بیع فضولی بحث کردیم تماماً مربوط به یک عقد فضولی بود که بر مال مالک اصلی واقع می‌شد و بعد هم مالک آن را ردّ یا امضاء می‌کرد، و اینک سخن در ترتّب عقود مختلف و متعدّد بر مالِ مُجیز است، یعنی چندین عقد فضولی بر خود مالِ مالک یا بر اَعواض آن منعقد شده است و می‌خواهیم احکام اینها را روشن کنیم، در این رابطه نخست صور گوناگون مسأله را عنوان می‌کنیم، سپس مثال جامع الاطرافی می‌زنیم، و سپس می‌پردازیم به بیان احکام شرعیِ صور مزبور.

امّا صور مسأله: در مجموع دوازده صورت متصور است، به این بیان: عقدی را که

بعداً مالک اصلی و مُجیز اجازه می‌کند یا عقدی است که مستقیماً بر خود مال مُجیز یا مالک اصلی واقع شده و یا عقدی است که بر عوض مالِ مُجیز واقع شْده (عوض هم خصوص عوض مستقیم و بلاواسطه نیست بلکه اعمّ است از عوضِ اوّل و بلاواسطه یا عوض مع الواسطه که عوض العوض باشد و یا مع الوسائط که عوضِ عوضِ عوضْ باشد و بعداً در مثال واضحتر خواهد شود.) و در هر یک از دو صورت مزبور یا عقد مجاز اوّلین عقد فضولی است که بر خود مالِ غیر یا عوض مال غیر، واقع شده و یا آخرین عقد کذائی است و یا عقد وسطی است که سابق و لاحق دارد. (چون این مطلب مسلّم است که مالک اصلی حق دارد هر کدام از بیوع و عقود مزبور را اجازه کند.) در مجموع شش صورت پدید می آید:

۱ـ عقد مُجاز اوّلین عقدی باشد که بر خود مال مُجیز واقع شده

۲ـ عقد مُجاز اوّلین عقدی باشد که بر عوض مال مُجیز واقع شده

۳ـ عقد مُجاز آخرین عقدی باشد که بر نفس مال مُجیز واقع شده

۴ـ عقد مُجاز آخرین عقدی باشد که بر عوض مال مُجیز واقع شده

۵ـ عقد مُجاز عقد وسطی باشد که بر خود مالِ مُجیز واقع شده

۶ـ عقد مُجاز عقد وسطی باشد که بر عوض مالِ مُجیز واقع شده

از شش صورت مزبور دو صورت اخیر (۵ و ۶) هر کدام چهار صورت دارند:

۱ـ یا عقود سابق و لاحق بر این دو عقد وسط، همگی بر عین مالِ مجیز واقع شده‌اند

۲ـ و یا همهٔ آنها بر عوض و بدلِ مال مُجیز واقع شده‌اند

۳ـ و یا عقود سابق بر عین مال و عقود لاحق بر عوض مال واقع شده‌اند

۴ـ و یا به به عکس فرض سوّم است که عقد سابق بر عوض و عقد لاحق بر خود مال واقع شده

حاصلضرب دو قسم اخیر از شش صورت اوّل در این چهار فرض، هشت صورت است که با باقیمانده از شش صورت اوّل یعنی چهار صورت (۱ و ۲ و ۳ و ۴) مجموعاً دو از ده صورت درست می‌شود.

و امّا مثال جامع مسأله: در این مثال هشت بیع مطرح شده که سه بیع اوّل مستقیماً بر

خود مالِ مُجیز واقع شده و دو بیع بعدی بر عوض مال مُجیز و دو قسم دیگر بر عوضِ عوض و قسم اخیر بر عوضِ عوضِ عوض:

۱ـ بایع فضولی عبد کسی را به دیگری فروخت و در مقابلِ اسبی را دریافت کرد.

۲ـ خریدار هم عبد را به شخص سوّمی فروخت و کتابی دریافت کرد.

۳ـ سوّمی هم عبد را به چهارمی فروخت و دیناری دریافت کرد.

۴ـ آنکه عبد را فروخته بود و اسبی دریافت کرده بود، اسب را که عوض عبد بود فروخت و درهمی دریافت کرد.

۵ـ و آنکه عبد را به چهارمی فروخته بود و دیناری گرفته بود، دینار را فروخت و جاریه‌ای را در یافت کرد.

۶ـ دوباره آنکه اسب را داده و درهمی گرفته بود، درهم را که عوضِ عوضِ عبد است (یعنی عوض اسب است که آنهم عوض عبد است) به قرص نانی فروخت.

۷ـ و مجدّداً همان درهم به حماری فروخته شد که باز بیع عوض عوض است.

۸ـ و قرص نان هم در مقابل عسل فروخته شده که بیع عوضِ عوضِ عوضْ است یعنی قرص نان عوض درهمی است که درهم عوض اسب است که اسب عوض عبد است.

قوله: امّا اجازة:

احکام شرعیِ صور مذکور: مرحوم شیخ در دو بخش این احکام را بیان می‌کنند:

بخش اوّل: عقد مجاز یکی از عقودی باشد که بر خود مالِ مالک اصلی واقع شده (که در مثال مذکور سه بیع اوّل و دوّم و سوّم موردش نفس مالِ مُجیز بود) و این سه فرض دارد:

الف: عقد مجاز عقد سابق یعنی اوّلین عقد باشد یعنی مالک اصلی بیع عبد به فرس را امضاء کند، در اینجا نسبت به خود عقد مُجاز معامله صحیح و لازم می‌گردد، و نسبت به دو معاملهٔ بعدی که آنها هم بر روی خود عبد انجام گرفته، مسأله منوط به کشف و نقل می‌گردد و اگر اجازهٔ مالک اصلی نسبت به بیع اوّل را کاشفه بدانیم معنایش آن است که از همان اوّلِ وقوعِ بیع: مشتری که فرس داده بود، در واقع مالکِ عبد شده بود و بعداً که به دیگری در مقابل کتاب فروخته بود ملک خود را فروخته و آن دیگری هم که به چهارمی

در مقابلِ دینار فروخته او نیز مالک عبد بوده و ملک خود را فروخته است و هر سه معامله صحیح و لازم می‌شوند. ولی اگر اجازه ناقله باشد و از حالا اجازه که آمد مشتری مالک عبد شد و قبلاً مالک نبوده، مسأله در باب: «مَنْ بٰاعَ شیئاً ثم ملکه فاجازه» داخل می‌شود، یعنی وقتی فروخت مالک نبوده و حالا با اجازه می‌خواهد مالک شود آنگاه اگر مالکیّت در حال عقد را شرط دانستیم باید حکم به بطلان بیع دوّم و سوّم نمائیم، و اگر گفتیم: مالکیت در حال اجازه کافی است باید حکم به صحت کنیم و بگوییم: پس از اجازهٔ مالک اصلی نسبت به بیع اوّل، مشتری هم باید بیع دوّم را امضاء کند و مشتری بعدی هم باید بیع سوّم را اجازه کند و اگر اجازه کردند صحیح و لازم می‌شوند.

و امّا نسبت به عقودی که بر عوض مالِ مجیز واقع شده: اینکه بایع فضولیِ سوّمی عبد را داد و دینار گرفت، و سپس دینار را به جاریه معامله کرد، حکمش حکم خود بیع عبد به دینار است که در بالا محاسبه شد، علی الکشف این هم صحیح است و علی النقل مبتنی بر مبانی‌ای است که ذکر شد. و اینکه فضولیِ اوّلی فرس را به درهم فروخته، پس از اجازهٔ بیع اوّل از سوی مالک، وی مالکِ فرس می‌شود و مجدّداً باید بیع فرس به درهم را اجازه کند، و به دنبال اجازه، مالک درهم می‌شود و دوباره باید بیع درهم به قرص نان را امضا کند، و وقتی امضا کرد آنکه قرص نان داده و درهم گرفته و با درهم حماری خریده در ملک خودش معامله کرده، و باز اینکه قرص نانِ مالک با عسل معامله شده نیازمند به اجازهٔ جدید است.

ب: عقد مجاز عقد لاحق و آخرین عقدی باشد که بر اصل مال یعنی بر عبد واقع شده یعنی مالک اصلی بیع عبد به دینار را امضاء کند، در اینجا با اجازه کردن، عقد مجاز صحیح و لازم می‌گردد ولی دو عقد اوّل و دوّم که روی عبد واقع شده نسبت به مالکِ مُجیز فسخ محسوب می‌شوند زیرا مالک اصلی از آنها اعراض کرد و آنها را اجازه نکرد، آری نسبت به سوّمی که اجازه شد و وی مالکِ عبد گردید، دو بیع اوّل نسبت به او فضولی هستند و منوط به اجازهٔ او است آن هم بنابر این که مالک بودن در حال عقد را شرط ندانیم بلکه مالکیّت در حال اجازه هم کافی باشد برای تأثیر اجازهٔ مُجیز.

و امّا نسبت به عقودی که بر عوض واقع شده: این که خود این مشتری که عبد را داده و دینار گرفته و بیعش امضاء شد، خودش دوباره دینار را داده و جاریه گرفته این تابع

عقد مجاز است که علی الکشف ملک خود را فروخته و علی النقل مبتنی بر اشتراط مالکیّت حین العقد و یا عدم اشتراط آن است.

و امّا نسبت به عقود دیگر که: فرس به در هم فروخته شده و... ربطی به این مالک جدید عبد ندارد و جداگانه آنها بیع فضولی هستند و باید مالک اصلیِ فرس امضا کند، مالک اصلی در هم امضا کند، مالک اصلیِ قرص نان اجازه کند.

ج: مرحوم شیخ دو فرض الف و ب را محاسبه نکرده و این فرض سوّم یعنی فرض «ج» را محاسبه کرده‌اند و آن این که: عقد مجاز عقد وسط باشد یعنی بیع عبد به کتاب را اجازه کند، در اینجا نسبت به عقود سابق بر این عقد (در مثال شیخ عقد سابق، بیع عبد به فرس است) معامله نسبت به مالک مُجیز فسخ است چون وی از عقد اوّل اعراض کرد و عقد دوّم را امضا کرد و دیگر نمی‌تواند اوّلی را هم امضا کند، یک مبیع که دو ثمن ندارد. ولی نسبت به خود این مشتری که عبد را با کتاب خریده و بیعش امضاء شده معاملهٔ اوّلی فسخ نیست بلکه منوط به قابلیّت اجازهٔ او است، اگر مالکیت در حال عقد را شرط بدانیم، اجازهٔ او نافذ نیست ولی اگر مالکیّت در حال اجازه را کافی بدانیم، اجازهٔ وی مؤثر است.

و نسبت به عقود لاحق یعنی بیع عبد به دینار، مسأله مبتنی بر کشف و نقل است: اگر اجازهٔ مالک اصلی نسبت به بیع وسط را کاشفه بدانیم، پس مشتری در برابر کتابی که داد از اوّل مالک عبد شد و بعد که به دیگری فروخته به یک دینار ملک خود را فروخته و معامله صحیح و لازم است، و اگر ناقله بدانیم باز مبتنی بر اشتراط مالکیّت در حال عقد و عدم اشتراط آن می‌شود که در فرض اشتراط، حق اجازه ندارد چون حین العقد مالک عبد نبوده، و در فرض عدم اشتراط، حق اجازه دارد.

و امّا نسبت به عقودی که بر عوضها انجام شده: اینکه مشتری عبد را به دیناری فروخت و سپس دینار را به جاریه معامله کرد، لزوم این بیع منوط به لزوم بیع عبد به دینار است که بر مبنای کشف و نقل محاسبه شد. و امّا اینکه فضولیِ اوّل که عبد را به فرس فروخته بود و سپس فرس را به درهم و... ربطی به مالکِ اصلی یا مجیز ندارد، و مربوط به مالکِ اصلیِ فرس است که بیع فضولیِ مزبور را اجازه بکند یا نه و هکذا بدنبال آن، بیع درهم به نان و نان به عسل را.

قوله: و امّا اجازة العقد:

بخش دوّم: عقد مُجاز یکی از عقودی باشد که بر عوض مال مالک واقع شده‌اند که در مثال اوّلِ مسأله، پنج بیع از هشت بیع بر عوض مال بود، در این جا هم سه فرض متصوّر است:

الف: عقد مجاز اوّلین عقدی باشد که بر عوض و بدل واقع می‌شود یعنی بیع فرس به درهم را امضا کند حکم این است که بیع با اجازه صحیح و لازم می‌شود، و لازمه‌اش آن است که بیع سابق بر آن یعنی بیع عبد به فرس هم امضاء شود زیرا مالک اصلی مستقیماً و بدون رضایت به بیع عبد به فرس، مالک فرس نیست تا بیع فرس به درهم را اجازه کند، پس اجازهٔ لاحق مستلزم اجازهٔ سابق هم هست (شبیه ذی الخیار در بیوع خیاری که به جای فسخ مستقیم، مبیع را به دیگری می‌فروشد که لازمهٔ آن فسخ بیع خیاری است وگرنه حقّ فروش ندارد، لا بیع الاّ فی ملکٍ) امّا نسبت به عقود لاحق یعنی بیع درهم به قرص نان و... باید هر کدام جدا جدا اجازه شوند.

ب: عقد مجاز آخرین عقدی باشد که بر عوض واقع شده یعنی بیع نان به عسل، که اگر مالک اصلی این عقد را امضاء کرد مستلزم آن است که جمیع عقود قبلی را هم امضاء کند به همان دلیل که در فرض الف ذکر شد که وی مستقیماً مالک نان نیست تا بیع نان به عسل را امضاء کند پس برای صحت و تأثیر این اجازه ناچاریم بگوییم: پس بیع درهم به نان را هم امضاء کرده، بیع فرس به درهم هم امضاء شده، بیع عبد به فرس هم امضاء شد.

ج: باز دو فرض قبلی را مرحوم شیخ محاسبه نکرد و این فرض را محاسبه کرده‌اند که عقد مجاز یکی از عقود وسطی باشد که بر عوض مالِ مالک واقع شده که در مثال مذکور، اوّل عقدی که بر عوض واقع شده بیع فرس به درهم است و دوّمی بیع درهم به نان و سوّمی هم بیع همان درهم به حمار است و چهارمی بیع نان به عسل است، و وسطی بیع درهم به نان است که اگر مالک اصلی این عقد را امضاء کرد حکم آن است که همین عقد صحیح و لازم می‌شود و لازمه‌اش آن است که عقود سابق بر این عقد یعنی بیع فرس به درهم و بیع عبد به فرس هم امضاء شود و تمام این‌ها صحیح و لازم می‌شود، و بدنبال آن بیع درهم به حمار صحیح می‌شود زیرا وقتی بیع درهم به قرص نان صحیح

شد، مالک قرص نان، مالک درهم می‌شود و سپس درهم خود را به دیگری فروخته و در مقابل حمار گرفته، پس معامله‌اش صحیح است [**لانّ المالک الا اصیل اذا اجاز العقد الواقع علی عوض العوض فکّل بیع وقع بعده اصبح من مال المجاز و ملکه**] البته همان مبنای کشف و نقل می‌آید.

و امّا نسبت به عقودی که بر بدل مجاز (قرص نان) واقع شده که در مثال مفروض، یک عقد بود و آن بیع نان به عسل بود حکمش حکم عقدی است که ابتدا به ساکن بر خود مال مالک اصلی واقع شود یعنی منوط به اجازه مستقلّ است.

قوله: و ملخّص ما ذکرنا:

در این فراز دو ضابطه برای ترتّب عقود مختلفه بر مالِ مالک و عوض مال او ذکر می‌کند:

۱ـ ضابطه‌ای که مقبول جناب شیخ است: اگر عقود کثیره از اشخاص متعدّدی صادر شود (مثل عقودی که بر خود مالِ مالک اصلی واقع می‌شود که عبد مالک را اوّلی به دوّمی فروخته و دوّمی به سوّمی فروخته و سوّمی به چهارمی، که سه نفر روی مبیع واحد کار کردند.) حکم آن است که وقتی مالک اصلی یکی از این عقود را امضاء کرد (طبق محاسبهٔ جناب شیخ عقد وسطی را اجازه کرد) عقودی که سابق بر آن بودند نسبت به این مالک فسخ حساب می‌شود و نسبت به خود این عقد و عقود لاحق اجازه و امضاء حساب می‌شود و همه لازم می‌شود البته بنابر کشف، و امّا بنابر نقل هم مبنایی بود که مبسوطاً بیان شد.

و اگر عقود مختلفه از شخص واحد صورت بگیرد (مثل عقودی که بر عوض مال مالک انجام می‌گرفت که بایع فضولیِ اوّلی که عبد را به فرس فروخته بود، فرس را بـه درهم می‌فروخت، و دوباره درهم را به قرص نان و قرص نان را به عسل و...) مطلب بر عکس می‌شود یعنی حکم آن است که اگر عقد وسط را امضاء کرد همین عقد مجاز و عقود سابق بر آن صحیح و لازم می‌شوند، و نسبت به عقود بعدی جداگانه نیاز به اجازه و امضاء دارد.

۲ـ ضابطه‌ای که فخر الدین در ایضاح[1] و شهید اوّل در دروس[2] آورده‌اند: وقتی

---

۱. ایضاح الفواعد، ج ۱، ص ۴۱۸.
۲. دروس الاحکام، ج ۳، ص ۱۹۳.

عقود متعدّدی واقع شود حکم آن است که: اگر مالک مجیز یکی از عقودی را که بر مبیع واقع شده امضاء کرد همان عقد و عقود لاحق بر آن صحیح و لازم می‌شوند (البته علی الکشف) و عقود قبلی باطل می‌شوند. (ملاحظه می‌کنید که در ظاهر این ضابطه سخن از اشخاص متعدّد نیست و سخن از عقود متعدّد بر مبیع است.) و اگر یکی از عقودی را که بر ثمن و عوضِ مال واقع شده امضاء کرد حکم این است که: همان عقد و عقود سابق بر آن صحیح و لازم می‌شوند و عقود لاحقه مستقلاً نیازمند به اجازه است. (باز سخن از عقود کثیره بر عوض است و سخن از شخص واحد نیست.)

مرحوم شیخ می‌فرماید: شاید منظور این دو بزرگوار همان باشد که ما گفتیم، یعنی عقود متعدّدی که بر مبیع واقع می‌شوند و از اشخاص متعدّد صادر می‌شوند، زیرا که عقود کثیره‌ای که بر مبیع مترتب می‌شوند همیشه از اشخاص کثیره هستند (البته نوعاً چنین است ولی گاهی هم ممکن است از شخص واحد صادر شوند مثل اینکه کلاه برداری یک زمین مشخصی را که ملک زید است، فضولیاً به بکر فروخته و مبلغی گرفته، مجدّداً همان زمین را به خالد فروخته و بار سوّم به حسن فروخته و... پس این که فرمودید: عقود کثیره بر مبیع الاّ و و لاّبد از اشخاص کثیره است مناقشه دارد، پس ضابطۀ این دو بزرگوار به ضابطۀ شما بر نمی‌گردد.)

و امّا عقود مختلفی که بر ثمن واقع می‌شود دو فرض دارد:

۱ـ ثمن معیّن شخصی (مثلاً فرس) چند بار مورد معامله واقع می‌شود (یعنی فضولی اوّل فرس را به درهم فروخت، و همان فضولی یا فضولیِ دیگر فرس را به کتاب فروخت، و همان کس یا سوّمی فرس را به عبا فروخت و... که همه جا سخن از فرس است.)

۲ـ ثمن‌های گوناگون در معاملات متعدّد مطرح است (فرس را به درهم فروخت، درهم را به نان، نان را به عسل، که یک جا ثمن فرس است. جای دیگر درهم و جای سوّم نان و...)

منظور آندو بزرگوار فرض اوّل نیست، چرا که فرض اوّل حکمش حکم عقود متعدّدی است که بر مبیع واقع می‌شود زیرا فرس گرچه در اوّلین معامله ثمن بود ولی در معاملات بعدی مثمن و معوض است و مالک اصلی حق دارد هر کدام را خواست امضاء

کند، بلکه مرادشان فرض دوّم است که نامش را ترامیِ اَثمان در عقود متعدّد می‌گذارند یعنی ثمن در هر بیعی مثمن در بیع دوّم واقع شده که همهٔ اینها هم از یک نفر صادر می‌شود (پس منظور این‌ها هم همان ضابطهٔ ما است) و از قضا شهید ثانی [1] و محقّق ثانی [2] تصریح کرده‌اند که مراد ترامیِ اَثمان است.

قوله: و قد علم:

حال که سخن از ترامی اثمان و عوضهای مختلف مطرح شد: معلوم می‌شود که در اوّل امر ثالث که گفتیم: عقد بر عوض مال واقع شده مراد عوض شخص و عوضِ مستقیم (مثلاً فرس) نیست بلکه اعّم از عوض بلاواسطه و عوض مع الواسطه اوالوسائط است یعنی عوض، عوضِ عوض، عوضِ عوضِ عوضْ و... را شامل است.

قوله: ثمّ انّ هنا:

اصل مسأله عبارت بود از: ترتّب عقود متعدّد بر مالِ مالک (خود مال یا عوضِ آن) و حکم مسأله هم عبارت شد از: جواز تتبّع عقود کثیره یعنی مالک اصلی حق دارد یکایک عقود مزبور را تتبّع کرده و ببیند کدام اصلح و انفع و اَرْبَحْ است و هر کدام را مناسبتر تشخیص داد همان را امضا کند، آنگاه فروض مختلفی تصویر شد که: گاهی عقد مجاز عقد بر اصل مال است و گاهی بر عوض مال و در هر کدام گاهی اوّلین عقد را اجازه می‌کند و گاهی آخرین عقد را و گاهی عقدی از عقود وسط را و.... .

حال سخن در بیان یک اشکال است و آن اینکه: گاهی مشتریِ اصیل که اقدام کرده و با بایعِ فضولی معامله می‌کند اصلاً خبر ندارد که وی فضولی و غاصب است و خیال می‌کند که وی واقعاً مالکِ مبیع است و متاع خویش را می‌فروشد و لذا اقدام به معامله می‌کند، و بعد هم روی هر یک از ثمن و مثمن معاملاتی محقّق می‌شود، در این فرض حکم همان است که ذکر شد یعنی مالک اصلی حق دارد هر کدام از عقود مزبور را امضاء کند و جواز تتبّع محفوظ است.

ولی گاهی مشتریِ اصیل عالم به غصبیّت است و می‌داند که فروشنده غاصب است و مال مردم را می‌فروشد و با علم و اطلاع و آگاهانه اقدام کرده و وارد معامله می‌شود و

---

۱. مسالک، ج ۳، ص ۱۵۹ ۲. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۰

مبیع را از بایعِ غاصب خریداری می‌کند و تحویل می‌گیرد و ثمن را هم (منظور ثمن شخصی است وگرنه ثمن کلّی به ذمّه می‌آید و حساب جدائی دارد) به غاصب تحویل می‌دهد، و سپس غاصب با آن ثمن متاع دیگری را برای خود خریداری می‌کند، حال در این فرض آیا مالک اصلی حق دارد هر کدام از دو معاملهٔ مزبور را که خواست امضاء کند یا نه؟

مرحوم علاّمه در قواعد[1] فرموده: جواز تتبّع در فرض علم مشتری به غاصب بودنِ بایع، محلّ اشکال است. جناب قطب الدین[2] و شهید اوّل در حواشی منظور علاّمه را از اشکال واضح کرده‌اند: امّا قطب الدین فرموده: منظور از اشکال این است مسأله محلّ اشکال است و دو احتمال دارد:

۱ـ تتبّع جایز نیست به این دلیل که وقتی مشتری از غاصب بودنِ بایع آگاه است و می‌داند که وی استحقاق ثمن را به عنوان عوض از مبیع ندارد، معذلک اقدام می‌کند و ثمن را به او تحویل می‌دهد، قطعاً این دادنِ ثمن از باب وفای به عقد نیست چون خودش می‌داند که وجوب وفائی اگر باشد نسبت به مالک است نه فضولی، پس این تسلیم ثمن صرفاً از نوع تسلیط مجاّنیِ غاصب بر ثمن است.

قوله: و لذا:

شاهد بر تسلیط مجاّنی بودن آن است که: اگر ثمن در دست غاصب تلف شد مشتری حق ندارد به غاصب مراجعه کرده و خواهانِ بدل و جبران خسارت شود، زیرا در مورد چنین تسلیطی ضمانی نیست و غاصب ضامن نخواهد بود. و اگر هنوز ثمن باقی است آیا حق رجوع دارد یا نه؟ همان دو وجه که در اصل اشکال مطرح است در اینجا می‌آید.

قوله: فلا ینفذ:

متفرع بر تسلیط مجاّنی بودن: پس اگر غاصب ثمنی را که از مشتری دریافت کرده اتلاف کرد یعنی رفت و با آن بیع لازمی انجام داد و آن را به نقل لازم به دیگری منتقل کرد که در حکم تلف است مالک اصلی نمی‌تواند این معاملهٔ ثانی را اجازه کند نافذ نیست، زیرا با معاملهٔ ثانی ثمن به دیگری منتقل شد و متاع دوّم به غاصب تعلّق گرفت و ملک او شد و

---

۱. قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.

۲. به نقل مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۱۹۲.

مالک اصلی از آن اجنبی است، پس اجازه‌اش اثر ندارد و چیزی را به ملک وی منتقل نمی‌کند. پس تتبّع عقود جایز نیست.

۲ـ قوله: و من انّ:

وجه ثانی جواز تتبّع است به این دلیل که: بالاخره قبل از تسلیم ثمن به غاصب و تسلیط غاصب بر این ثمن، در واقع ثمن عوض از متاعِ مالک اصلی بود و مقتضی برای تملّک ثمن از سوی مالک اصلی موجود بود و هیچ امری مانع از نفوذ ملک او نبود مگر مسأله عدم صدور عقد از خود مالک، یعنی اگر خودش مستقیماً انشاء بیع می‌کرد قطعاً مالک ثمن می‌شد ولی فضولی این کار را کرده پس تنها مانع، نبود رضایت و طیب نفس مقارن است که آنهم با آمدنِ اجازهٔ بعدی مرتفع می‌شود و وقتی اجازه آمد جاری مجرای اذن و طیب نفس مقارن است و گویا عقد از خود او صادر شده و موجب نفوذ ملک مالک در ثمن می‌شود، پس مالک اصلی حق دارد عقود کثیره را تتبّع کرده و هر کدام را که مایل بود اجازه کند.

و امّا شهید اوّل: وی در بیان وجه اشکال تنها به وجه عدم جواز اشاره کرده و فرموده: اینکه علاّمه فرمود: جواز تتبّع در فرض علم به غصبیّت مشکل است منظورش و منشأ اشکال و گیر کار اینجا است که: وقتی مشتری با علم به غصبیّت و عدم استحقاقِ بایع، ثمن را به او می‌دهد در حقیقت او را مجّاناً بر مال خود مسلّط می‌کند و اختیار مال را به دست او می‌دهد که هر گونه خواست با آن رفتار کند (مثل ملک طلق خودش) و چنین ثمنی در ملک صاحب مال (مالک اصلی) داخل نمی‌شود، آنگاه اگر غاصب با همین ثمن متاعی را خرید و ثمن را به فروشنده تحویل داد وی مالک مبیع دوّم می‌شود آنگاه ثمن ملک فروشندهٔ دوّم شده و مثمنِ دوّم ملک غاصب شده دیگر جائی برای اجازهٔ مالک اصلی وجود دارد و اجازه نسبت به معاملهٔ دوّم نافذ نیست پس جای تتبّع عقود نیست. آری مالک اصلی می‌تواند معامله اوّل را که بر مبیع و متاع خود او واقع شده است امضاء کند ولی حقّ تتبّع ندارد.

ولی بلافاصله می‌فرمایند: بلکه نسبت به معاملهٔ اوّل هم اجازهٔ مالک نافذ نیست، زیرا مبیع اوّلی یک ثمن شخصی بیشتر نداشته آنهم که ملک غاصب شده و در معامله ثانی به دیگری منتقل شد و ثمن دیگری هم که نیست، پس نفوذ اجازه در بیع اوّل بدان

معنی است که مبیع ملک مشتریِ اصیل شود و از ملک مالک اصلی خارج شود ولی چیزی در عوض به ملک وی داخل نشود، چنین چیزی بیع بدون ثمن و عوض است که نه عرفاً و نه شرعاً چنین معامله‌ای نداریم و محال است داشته باشیم. پس اشکال به اصل معاملهٔ فضولی سرایت کرد و صحّت آن هم به سبب اجازه مورد مناقشه واقع شد.

قوله: و اقتصر:

مرحوم محقق ثانی در جامع المقاصد[1] همین بخش اخیر از اشکال را که در کلام شهید بود آورده که مسألهٔ سرایت باشد و فرموده: اصلاً با علم مشتری به غصبیّت، صحّت اصل عقدِ فضولی مبتلا به اشکال است (که بیع بلا ثمن بود) و نوبت به تتبّع نمی‌رسد، و جواز تتبّع فرع بر صحّت عقد اوّل و قابل اجازه بودنِ آن است.

قوله: و المحکّی:

جناب فخر الدین در کتاب ایضاح[2] مسألهٔ جواز و عدم جواز تتبّع عقود را با علم مشتری به غصبیّت بایع، بر مسألهٔ کاشفیّت و ناقلیّت اجازه مبتنی کرده و چنین فرموده: اگر مشتریِ اصیل که اقدام کرده و با بایع فضولی معامله کرده جاهل به غصبیّت بود و نمی‌دانست که فروشنده غاصب است و خیال می‌کرد وی مالک اصلی است لذا معامله کرد، بعد هم فضولی با آن ثمن متاع دیگری خرید و... در این فرض مالک اصلی حقّ تتبّع دارد یعنی مختار است که عقود متعدّدی را که بر اصل مالِ او یا اَعواض مال او منعقد شده دنبال کند و هر کدام را اصلح و پر سودتر یافت همان را اجازه کند. (خلاصه: در فرض جهل به غصبیّت حکم جواز تتبّع معلوم است.) و امّا اگر مشتری آگاه به غصبیّت بود و می‌دانست که بایع غاصب است و معذلک اقدام کرد، مسأله بر قول به نقل و کشف در باب اجازه مبتنی می‌شود:

اگر اجازه را ناقله بدانیم نوبت به تتبّع عقود نمی‌رسد زیرا که از طرفی اصحاب و فقهاء امامیّه چنین فتوی داده‌اند که: اگر چنانچه مالک اصلی معامله را ردّ کرد و از مشتری متاع خود را باز پس گرفت، وی حقّ ندارد به غاصب رجوع کرده و ثمنی را که به او داده باز پس گیرد حتّی اگر ثمن در دستان غاصب موجود است و به دیگری هم منتقل نکرده،

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۱. ۲. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۱۷.

از این فتوی به این نتیجه می‌رسیم که معلوم می‌شود غاصب با اخذ ثمن مالکِ ثمن شده است وگرنه وجهی برای این فتوی (عدم جواز استرداد) نبود. پس غاصب پیشاپیش (پیش از اجازهٔ مالک اصلی) توسّط تسلیم و تسلّم از مشتری اصیل، ثمن را تصاحب کرده است.

و از طرف دیگر مالک اصلی (بنابر مسلک نقل) تا معاملهٔ اوّل را اجازه نکند مالکِ ثمن نمی‌شود، زیرا قول حق این است که: اجازه صرف علامت و کاشف نیست بلکه یا شرط تأثیر است و تا شرط نیاید علّت تامّه نشده و معلول که ملکیّت باشد نمی‌آید، و یا سبب تأثیر است (جزء سبب یا تمام سبب علی المبنی) که باز تا اجازه نیاید سبب کامل نشده و بدنبالش مسبّب نمی‌آید، پس در ظرف مدّت معامله و قبض و اقباضِ فضولی و اصیل تا زمان اجازه مالک اصلی مالک ثمن نشده آنگاه از طرف اصیل ثمن را به فضولی مجاناً تملیک کرد (و لذا حقّ استرجاع نداشت) و از ملک خویش خارج ساخت، و از طرفی هم تا زمان اجازه مالک اصلی مالک ثمن نشده، پس ناچار هستیم بگوییم: غاصب مالکِ ثمن شد وگرنه ملک بدون مالک خواهد بود که از محالات است زیرا ملک شخصی و مالک شخصی متضایفان هستند که در امکان و امتناع متکافئان هستند و محال است مملوک شخصی باشد ولی مالکِ شخصی نباشد، آنگاه سبب ملکیّت غاصب (اقباض مشتری) بر سبب مالکیّت مالک اصلی (اجازه) نسبت به ثمن سبقت دارد و هر سببی جلوتر بود همان مؤثر است و نوبت به سبب بعدی نمی‌رسد، آنگاه با استفاده از همین حقّ تقدّم اگر غاصب با این ثمن معامله‌ای کرد مثمن و ربحِ آن به خود وی تعلّق گرفته و چیزی نصیب مالک اصلی نمی‌شود، پس مالک اصلی حقّ تتبّع ندارد و نمی‌تواند عقد ثانی را (اگر انفع تشخیص داد) امضا کند.

و امّا اگر اجازه را کاشفه بدانیم (که کاشف از این است که: از همان اوّل که معامله میان غاصب و مشتریِ اصیل منعقد شد، پیش از آنکه مشتری ثمن را در اختیار غاصب بگذارد، مالک اصلی این ثمن شخصی را مالک شده و سبب ملکیّت او تقدّم دارد.) بر این مبنا اگر مالک اصلی معامله را اجازه کرد از آغاز ثمن ملک او می‌شود و بعد هم که فضولی با ثمن متاعی خریده است با پول او خریده است و اگر این را هم اجازه کرد هم متاع و هم سودِ آن به خود مالک اصلی تعلّق می‌گیرد. پس بر مسلک کشف حق تتبّع برای مالک محفوظ است.

قوله: و یحتمل:

در ادامه مرحوم فخر الدین می‌فرماید: حتّی بر مسلک نقل هم جا دارد کسی بگوید: مالک حقّ تتبّع دارد به این دلیل که وی صد درصد از این ثمن اجنبی و بیگانه نیست بلکه حقّی نسبت به آن دارد، چرا که قبل از معاملهٔ ثانی وی حق دارد معاملهٔ اوّل را امضا کرده و ثمن را دریافت کند، پس فی الجمله مالک اصلی و فی الجمله هم غاصب بر این ثمن حقّی دارند، و حقّ مالک اصلی بر حق غاصب تقدّم دارد، زیرا غاصب به پست‌ترین و سخت‌ترین احوال اخذ می‌شود ولی مالک اصلی به نیکوترین احوال اخذ می‌شود و حتی الامکان تا راه داردبه نفع مالک حکم می‌شود نه به نفع غاصب.

قوله: و الأصح:

در پایان هم فخر الدین فرموده: به نظر من تا عین ثمن در دست غاصب موجود است، مشتریِ اصیل (و لو عالماً و عامداً ثمن را به او داد) حق استعاده و باز پس‌گیری دارد، آری اگر در دست غاصب تلف شد وی ضامن است و مشتری هم حق ندارد به او مراجعه کند.

قوله: و ظاهر کلامه:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از ظاهر کلام فخر الدین چنین فهمیده می‌شود که: بر مسلک کاشفیّت اجازه اصلاً جایی برای اشکال وجود ندارد (و حتماً مالک اصلی حقّ تتبّع دارد) و به نظر ما هم این مطلب پسندیده است زیرا عمدهٔ اشکال همان بود که در سخنان قطب الدین و شهید آمده بود که مسأله تسلیط مجاّنیِ مشتری بود که غاصب را بر مال خویش مجاّناً مسلّط کرده... و خوشبختانه بر مسلک کشف این اشکال مندفع است، زیرا بر این مسلک تسلیط مشتری، بر مال خودش نیست بلکه بر مال مالک اصلی است که به سبب عقد در واقع مالک شده و فضولی بعداً می‌خواهد به سبب اقباض مشتری مالک شود، و تسلیط مجاّنی بر مال خودش به نفع فضولی تمام می‌شود، ولی مشتری حق ندارد فضولی را بر مال واقعیِ مالک اصلی مسلّط سازد، این است که بر مبنای کشف باید گفت: اگر مالک اصلی اجازه کرد نوبت به مالکیّت غاصب و غیره نمی‌رسد و حقِّ مالک مقدّم است آری اگر مالک اصلی ردّ کرد، این ردّ کاشف از این است که: مشتری، غاصب را بر مال واقعیِ خویش مجاّناً مسلّط کرده و طبق فتوای اصحاب حقّ استعاده و استرداد هم ندارد.

قوله: نعم:

پس بر مسلک کاشفیّت اجازه، نفوذ و تأثیر اجازه بلامانع است و مبتلا به اشکالی نیست. آری بر مسلک ناقلیّت اجازه تأثیر اجازه در هر کدام از دو معامله (معاملهٔ اوّلی که بر نفس مالِ مالک اصلی واقع شده و فضولیِ غاصب آن را به مشتری اصیل فروخته، و معاملهٔ دوّمی که بر عوض مالِ مالک واقع شده و فضولی با ثمنی که از مشتری قبض کرده متاعی را خریده است) مبتلا به اشکال است:

امّا تأثیر اجازه در معاملهٔ دوّم (عقد بر ثمن) مبتلا به دو اشکال است:

۱ـ همان اشکالی که از زبان قطب الدین و شهید مطرح شد که تسلیط مجاّنی... بود.

۲ـ اشکال دور که در اینجا از زبان مرحوم شیخ مطرح است: از طرفی صحّت و تأثیر اجازه در عقد ثانی وابسته به این است که مالک اصلی، مالکِ ثمن باشد تا اجازه‌اش نافذ باشد، وگرنه اجازهٔ غیر مالک یا اجنبی تأثیری ندارد، پس تأثیر اجازه بر تملّک ثمن از سوی مجیز موقوف است، و از طرف دیگر تملّک ثمن هم وابسته به اجازه و تأثیر آن است وگرنه راه دیگری برای تملّک ثمن در میان نیست. پس تملّک ثمن هم بر اجازه موقوف است و این دور صریح است. پس نفوذ اجازه مستلزم دور است و باطل می‌باشد.

و امّا تأثیر اجازه در معاملهٔ اوّل (عقد بر مبیع) این نیز سه صورت دارد:

۱ـ اوّل میان غاصب و مشتری اصیل عالم به غصبیّت معامله‌ای انجام شد و سپس هنوز قبض و اقباض حاصل نشده بود مالک اصلی معامله را امضا کرد، بدیهی است که اجازهٔ او ولو ناقله باشد مؤثر است و از هم اکنون ثمن شخصی ملک مالک گردید و بعداً که مشتری اصیل، آن را به غاصب تسلیم می‌کند، او را بر مال دیگری مسلّط می‌کند و چنین تسلیطی ارزش ندارد و ملک غاصب نمی‌شود، و اگر با این ثمن متاعی خرید، با مالِ مالک اصلی خریده و مجدّداً معامله‌ای فضولی انجام داده و باید مالک اصلی اجازه کند.

۲ـ اوّل، معامله‌ای صورت گرفت، سپس قبض و اقباض آمد و مشتری ثمن را به غاصب داد، ولی هنوز ثمن در اختیار غاصب بود و عینِ آن موجود بود مالک اصلی معامله را امضاء کرد در اینجا عدّه‌ای بر آنند که به مجرّد قبض و اقباض، مشتری حقّ استعاده و استرداد ندارد اگر چه عین مال موجود باشد و عدّه‌ای بر آنند که تا ثمن در

دست غاصب موجود است و تلف نشده یا به دیگری منتقل نشده مشتری حق دارد آن را باز پس گیرد و به ملک خویش عودت دهد، حال بنابر فتوای گروه دوّم باز تا در دست غاصب است ملک او نشده و ملک مشتری است و مالک اصلی حق دارد معاملهٔ اولی را امضاء کند و ثمن را تملّک کند، ولی بنابر فتوای گروه اوّل کار مشکل می‌شود.

۳ـ معاملهٔ فضولی انجام شد، سپس به غاصب داده شد و وی هم آنرا اتلاف نمود و با آن متاعی خرید و پس از آن مالک اصلی مطّلع شد و معاملهٔ اوّلی را امضاء کرد، در این صورت هم به اجماع اصحاب ثمن ملک، غاصب شده و بدیگری منتقل کرده و متاعی را که خریده مالک شده و دست مالک اصلی از ثمن کوتاه است، آنگاه مورد و محلّی برای اجازهٔ عقد اوّل هم نمی‌ماند، زیرا مبیع اوّل یک ثمن شخصی بیشتر ندارد که آنهم از آنِ غاصب نشده به مالک اصلی نخواهد رسید، ثمن دیگری هم که نیست پس امضاء بیع اوّل باعث می‌شود که معاملهٔ اوّلی بیع بلا ثمن شود که چنین چیزی معقول نیست. پس بر مسلک نقل تأثیر اجازه هم در صحّت عقد ثانی مبتلا به اشکال است و هم در صحّت عقد اوّل مشکل است.

قوله: و ما ذکره:

فخر الدین در ایضاح پس از آنکه اشکال را بر دو مبنای نقل و کشف مبتنی کرد و فرمود: علی النقل نفوذ اجازه اشکال دارد، در ادامه فرمود: احتمال دارد که حتی بر مسلک نقل هم حکم به نفوذ و تأثیر اجازهٔ مالک نمائیم و بگوییم: وی مختار است که عقد اوّل را اجازه کند یا عقد ثانی را و برای این احتمال دو دلیل هم آورد:

۱ـ حقّ مالک بر حقّ غاصب تقدّم دارد (چون به اصل بیع او در ثمن حقّی پیدا کرده ولی غاصب با تسلیط مشتری ذیحق گردیده است.

۲ـ جانب مالک را ترجیح دادن اولی است بر جانب غاصب زیرا غاصب به اشقّ احوال مؤاخذه می‌شود و مالک به اجود احوال، مرحوم شیخ از این دو دلیل هم جواب می‌دهند:

(امّا از دلیل ثانی: اینگونه اولویّت‌ها پایه و اساسی ندارد.)

و امّا از دلیل اوّل: ما قبول نداریم که حق مالک بر حق غاصب مقدّم باشد، بلکه قضیّه به عکس است و حقّ غاصب مقدّم است، بیان مطلب: در اینجا سه چیز در طول

هم واقع شده: ۱ـ عقد فضولی ۲ـ تسلیط مشتری ۳ـ اجازهٔ مالک اصلی، و اصل بیع فضولی اگر چه بر تسلیط غاصب بر ثمن تقدّم دارد ولی بر مسلک نقل عقد مزبور جزء سببِ ملک است و جزء دیگر، اجازهٔ مالک است که بعدها می‌آید و تا علّت تامّه نشود معلول و ملکیّت و انتقال نمی‌آید، ولی قبل از آن، تسلیط که علّت تامّهٔ ملکیّت غاصب بر ثمن است آمده و وی مالک شده و کسی حقّ استعاده از او ندارد، در نتیجه این حقّ غاصب است که بر حقّ مالک مقدم است و نوبت به اجازهٔ بعدی نمی‌رسد و همان اشکالها هست. پس این احتمالی که فخر الدین ره داد ناتمام است.

قوله: نعم:

اینکه اصحاب در باب تسلیط مشتری فرموده‌اند: پس از تسلیط مجانی استعاده جایز نیست و تسلیط مزبور را سبب مالکیّت غاصب دانسته‌اند دو احتمال دارد:

۱ـ خود تسلیط علّت تامّه باشد برای استحقاق غاصب و مالکیّتِ او باشد و حالت منتظره‌ای نداشته باشد تا به حال بر این فرض سخن می‌گفتیم: که نتیجه‌اش تقدّم حق غاصب بر مالک شد... .

۲ـ نفس تسلیط علّت تامّه نباشد بلکه با قیدی علیّت داشته باشد، یعنی تسلیط مراعا و مشروط به عدم اجازهٔ بعدی موجب مالکیّت غاصب شود. حالا بر این فرض سخن می‌گوییم که شاید مراد اصحاب از حکم به عدم جواز استرداد ثمن بخاطر تسلیط مراعًا و مشروط باشد، که نتیجه این احتمال آن است که هم عقد و هم تسلیط هر کدام جزء سبب برای ملک هستند و جزء دیگر در عقد، اجازه است و در تسلیط عدم اجازه و اگر اجازه کرد، تسلیطی که موجب مالکیّت غاصب شود نمی‌آید، و سبب ملکیّتِ مالک اصلی بر ثمن تام می‌شود و حقّ تقدّم با او است.

قوله: و حیث:

این فراز در حقیقت دلیل احتمال دوّمی است که ذکر شد، و آن اینکه: اصل این فتوای اصحاب بر خلاف قواعد مسلّم فقهی است زیرا قاعده این است که: اگر معاملهٔ فاسد و باطلی انجام شد و بدنبال آن نقل و انتقالی صورت گرفت، به مجرّد تسلیط و اقباض، گیرنده مالک نمی‌شود و مقبوض به عقد فاسد است. و در اینجا نسبت به فضولیِ غاصب معامله باطل است چون برای او اثری ندارد و وقتی باطل شد قاعدتاً تسلیط او بر ثمن

موجب تسلّط و تملّک او نمی‌شود و باید حقّ استرداد محفوظ باشد ولی فقهاء حکم به عدم استعاده کرده‌اند و این حکم بر خلاف قاعدهٔ مزبور است و در اموری که بر خلاف اصل باشند باید به قدر متیقّن اکتفا کرد و قدر متیقّن که اجماع بر آن دلالت دارد فرض تسلیطِ مشروط به عدم اجازه است که اگر اجازه نکرد، غاصب مالک می‌شود، ولی اگر مالک اجازه کرد نوبت به مالکیّت او نمی‌رسد. پس شاید منظور اصحاب احتمال ثانی باشد که نتیجه‌اش را در فراز قبلی ذکر کردیم، و بر این فرض آن احتمال فخر الدین زنده می‌شود و حتی بر مسلک نقل هم اجازهٔ مالک مؤثر می‌شود.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: احتمال ثانی از ظاهر کلام اصحاب بدور است و ظاهرش این است که آنها خود تسلیط را سببِ استحقاقِ غاصب می‌دانند و قید و شرطی قائل نیستند و همان اشکال هست که حق غاصب بر مالک مقدّم است و اجازهٔ بعدی مشکل دارد.

پس علی الکشف تتبّعِ عقود جایز است. ولی علی النقل محّل اشکال است.

الکلام فی الرّد

قوله: مسألةٌ:

از احکام مسلّم در بیع فضولی آن است که: مالک اصلی می‌تواند آن را اجازه کند و می‌تواند آن را رّد کند، تا به حال بخش اجازه را با سه مبحث آوردیم: ۱ـ احکام و شروط خود اجازه. ۲ـ احکام و شروط شخص مُجیز. ۳ـ احکام و شروط عقد مجاز. و اینک وقت آن است که احکام رّد مورد بحث واقع شود: به طور کلّی رّد یا قولی است و یا فعلی، رّد قولی هم یا با قول صریح (صراحت عرفی منظور است که اعّم از نصّ و ظاهر می‌باشد.) است و یا با قول مجمل و مبهم و مهمل و کنایی است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: رّد قولی در بیع فضولی حتماً باید به قول و لفظ صریح باشد و جای کمترین چون و چرائی نگذارد، فی المثل با الفاضی از قبیل: رددتُ، فسختُ، ابطلتُ و... انشاء رّد کند. آنهم این الفاظ را به قصد رّد بگوید نه به قصدهای دیگر، پس اگر به لفظ غیر صریح بود رّد محقّق نمی‌شود و دلیل مطلب استصحاب است بیان ذلک: به عقیدهٔ ما از روز اوّل که عقد فضولی منعقد شد بر طرف اصیل وفای به عقد واجب شد و در حقّ او از اوّل لزوم فعلی ثابت شد و وی حق ندارد معامله را فسخ کند. و بر طرف دیگر یعنی مالک اصلی هم قابلیّت و شأنیّت لزوم ثابت شد و عقد مزبور برای او چنین قابلیّتی دارد که با اجازه کردن صحّت فعلی یعنی لزوم پیدا کند. حال تا این قول مجمل نبود آن لزوم فعلی و این قابلیّت باقی و بر قرار بود ولی الان که قول مجملی صادر شده در بقاء لزوم و قابلیّت شک می‌کنیم استصحاب بقاء لزوم در حقّ اصیل و استصحاب بقاء قابلیّتِ لزوم در حقّ مالک اصلی جاری می‌شود.

قوله: و کذا:

و امّا رّد فعلی: افعال و تصرّفاتی که توسّطِ آنها رّد معامله واقع می‌شود سه دسته می‌شوند:

الف: تصرّفاتی که موجب خروج مال از ملکِ تصرّف کننده می‌شوند و به اصطلاح تصرف ناقل هستند از قبیل بیع و فروختن مبیع به دیگری، هبه کردنِ آن که ناقل هستند، یا خوردن و نابود کردنِ آن که اتلاف عقلی است و یا منتقل کردن به دیگری که اتلاف

شرعی است، و آزاد کردن عبد یا وقف مبیع که فکّ ملک است و شبیه نقل و اتلاف است و یا تزویج و نکاح که شبه نقل و اتلاف است. حال اگر فضولی عبد کسی را فروخته و پس از آن خود مالک اصلی این عبد را به فرد ثالثی فروخت یا به او هبه کرد، یا آن را آزاد کرد، یا آن را وقف نمود، یا صبیّه کسی را فضولی به عقد فردی در آورده بود و پس از آن ولیِّ صغیره وی را به عقد کسی در آورد، یا زن بالغهٔ رشیده‌ای را فضولی برای مردی عقد کرده بود، سپس خود آن زن با مرد دیگری ازدواج کرد و... .

در تمام این موارد گاهی افعال و کارهای مزبور به قصد ردّ بیع یا نکاح فضولی انجام می‌گیرد، در اینجا پر واضح است که با این تصرّفات، حقیقتاً ردّ حاصل می‌شود. ولی گاهی بدون توجّه به معاملهٔ فضولی و با قطع نظر از آن این کارها را می‌کند (خواه از کار فضولی عالم است ولی کاری به آن ندارد و یا اصلاً خبر ندارد.) باز هم با چنین تصرّفاتی ردّ معامله حاصل می‌شود (ردّ حکمی) و دلیل حصول ردّ آن است که: بلا شک تصرفّات مزبور صحیح است زیرا از اهلش صادر شده و در محلّ آن واقع شده و **النّاس مسلطون علی اموالهم** و مانند آن حکم به صحّت و نفوذ این کارها از مالک دارد، و با فرض صحّت این تصرّفات جائی برای اجازهٔ بیع فضولی نمی‌ماند زیرا به محض تصرّفات مزبور، مبیع از ملک مالک خارج می‌شود و وی نسبت به آن اجنبی است و بنابر این اجازهٔ او ارزشی ندارد، زیرا که باید اجازهٔ مالک باشد نه اجازه اجنبی و غیر مالک پس جائی برای اجازه کردن نمی‌ماند.(البته نسبت به مالک اصلی محّلی برای اجازه نیست ولی نسبت به مالک جدید مسأله مبتنی بر مباحثی است که درباب اجازه داشتیم.)

ب: قوله: و امّا التصرف:

بخش دوّم دربارهٔ افعال و تصرفّاتی است که از مالکِ اصلی صادر می‌شود و موجبِ خروج مالِ مورد تصرّف، از ملک مالک نمی‌باشند (بر خلاف دستهٔ الف) و صحّت این تصرفّات منافاتی با اصل اجازه ندارند و متاع را از قابلیّت لحوق اجازه و تأثیر اجازه خارج نمی‌کنند ولی تصرفات مزبور این نقش را دارند که اجازه بعدی را از قابلیت تأثیر از حین عقد خارج می‌سازند و مانع می‌شوند از این که اجازه بتواند کاشفه باشد و از اوّل مؤثر در ملکیّت مشتریِ اصیل باشد (به قول مرحوم شهیدی: **فیلزم التفصیل بین القول با لکشف من حین العقد فلا تصّح الاجازة للتنافی و بین القول بالنقل فتصح الاجازة و تؤّثر فی صحة**

الفضولی من حینها فلووقعت حال کون الدار مستأجَرة و المرأة مزوجّةً فینتقل المبیع الی المشتری مسلوب المنفعة الکذائیة وان و قعت بعد انقضاء الاجارة و زوال الزوجّیة فینقل الیه معها.[1]) مثلاً جاریه‌ای بایع فضولی به دیگری فروخته است به دنبال آن مولای اصلی و اوّلیِ جاریه او را مستولده ساخت، این استیلاد تصرّفی است که از مالک صادر شد و ضمناً بدین وسیله جاریه از ملک او خارج نمی‌شود(آری امّ ولد مولی می‌شود) و منافاتی با اجازه بر مسلک نقل ندارد و می‌تواند اجازه هم بکند و اجازه از حالا به بعد مؤثر باشد، حتّی منافاتی با کشف مقداری (در ادامه توضحش خواهد آمد) ندارد، آری با کشف حقیقی یعنی تأثیر اجازه از اوّل عقد منافات دارد.

یا مثلاً منزل زید را فضولی به بکر فروخته و به دنبال آن مالکِ اصلی آن را به خالد اجاره داده در اینجا هم اجاره دادن تصرّفی است از مالک که موجب خروج منزل از ملک وی نمی‌شود (اجازه تملیک منفعت است نه تملیک عین) و منافاتی با اصل اجازه هم ندارد ولی تأثیر اجازه از اوّل عقد منافی است. یا مثلاً جاریهٔ مولی را فضولی به زید فروخت و پس از آن مولای جاریه او را به عقد بکر در آورد، باز تزویج جاریه تصرّف است ولی نه مُخرِج از ملک است و نه منافی با اصل اجازه آری منافی با تأثیر اجازه از اوّل امر است

قوله: لانّ صحة الاجازة:

مرحوم شیخ وجه منافات را به سه بیان ذکر کرده‌اند:

بیان اوّل همین است که به صورت تعلیل ذکر شده و آن این که: میان صحّت تصرفاتِ مزبور با تأثیر اجازه از اوّلِ عقد تنافی وجود دارد زیرا معنای صحّت تصرفاتِ مذکور آن است که: مالک اصلی و متصّرف در حال تصرّف مالک بوده وگرنه استیلاد صحیح نبود، اجازه صحیح نبود و تزویج درست نبود. و معنای کاشفیّت اجازه و تأثیر آن از اوّل، آن است که: در واقع از حین عقد فضولی، مشتری اصیل مالک منزل یا جاریه شده بود و مالک اصلی در حال تصرف مالک نبود، پس هم مالک است و هم نیست و این تناقض است. آنگاه می‌گوییم: حکم به صحّت اجازه و تأثیر آن در ملکیّت از اوّل امر

---

۱. هدایة الطالب، ص ۳۰۷

باعث می‌شود که آن تصرّفات باطل باشد (چون اجتماع نقیضین نشاید) ولی از آنجا که مفروض بحث آن است که تصرفات مذکور صحیح است چون در آن موقع اجازه‌ای نیامده بود و وی کماکان مالک بود و الناس مسلطون علی اموالهم پس حق این تصرّفات را داشت. پس اجازهٔ مزبور صحیح نخواهد بود و صحّت تصرّفات مانع از صحّتِ اجازه از اوّل امر است وگرنه باز اجتماع نقیضین می‌شود.

بیانِ دوّم: با «**و الحاصل**» همان مطلب را کامل‌تر بیان می‌کنند: وقتی دو چیز با یکدیگر تنافی داشتند (که در ما نحن فیه صحّت تصرّفات مزبور با صحّت و تأثیر اجازه از حین عقد منافات دارد) قانون این است که: هر کدام از متناقضین که واقع شد دیگری محال خواهد بود وگرنه اجتماع نقیضین است، آنگاه در ما نحن فیه با توجّه به مفروض بحث (صحّت تصرفات مزبور به بیان اوّل) می‌گوییم: سه احتمال وجود دارد:

۱ـ حال که تصرفات مزبور صحیح است و کاشف از مالکیّت حین التصرّف است، ناچار اجازهٔ بعدی صحیح و مؤثر نخواهد بود وگرنه اجتماع نقیضین می‌شود.

۲ـ تا اجازه نیامده آن تصرّفات صحیح است ولی اجازه که آمد آنها را ابطال می‌کند (**ابطالُ صاحِبِه اَیْ ابطال الآخرِ صاحِبَهُ اَیْ نَقیضَهُ**)

۳ـ او ایقاعه علی غیر وجهه: این جمله دو احتمال دارد:

۱ـ ظاهر عبارت این است که: ضمیر مضاف الیه به کلمهٔ صاحبه بر می‌گردد و منظور این است که: اجازه بعدی که آمد صاحبش یعنی نقیضش را که صحّت تصرفات باشد بر غیروجه آن واقع می‌سازد یعنی لغو و باطل و ظاهری قرار می‌دهد. امّا این احتمال صحیح نیست زیرا عین احتمال ثانی از سه احتمال است.

۲ـ ضمیر مضاف الیه بر کلمهٔ آخر بر گردد و معنا این باشد که تصرّف صحیح باشد و اجازه هم صحیح باشد امّا نه بر وجه خودش که تأثیر از اوّل عقد باشد بلکه بر غیر وجه خودش که تأثیر از حالا به بعد یا کشف مقداری باشد. مرحوم شیخ می‌فرماید: از سه احتمال مذکور دو احتمال (۲ و ۳) باطل است زیرا که اگر تصرفات صحیح بود و در ظرف زمان خودش مؤثر واقع شد، معقول نیست که اجازهٔ بعدی بتواند در آنها تأثیر گذاشته و آنها را ابطال کند، لأنّ الشیئی لاینقلب عمّا وقع علیه. (پس احتمال ثانی باطل شد.) و نیز این که اجازه بر غیر وجه خود واقع شود و از حین عقد تأثیر نکند بلکه از بعد از تصرفات

مذکور مؤثر باشد که همان کشف مقداری است، این هم بر خلاف اجماع اهل کشف است که در ادامه خواهد آمد. (پس احتمال ثالث هم باطل است) پس احتمال اوّل معیّن می‌شود که تصرفات مزبور صحیح و اجازهٔ بعدی باطل، پس تصرفات مزبور هم فی الجمله ردّ فعلی است و با اجازهٔ بعدی قابل جمع نیست و مُفوِتّ محّل اجازه است (البته علی الکشف).

بیان سوّم با و بالجمله شروع می‌شود که: هر چیزی که (تصرفاتی که) اگر اجازه را از اوّل مؤثر بدانیم ناچار می‌شویم از حکم به بطلان آن تصرّفات (چون تناقض دارند) اگر متقابلاً حکم به صحّتِ آن تصرفات کردیم ناچار می‌شویم از این که اجازه را کنار بزنیم و بگوییم صحّت تصرف، مانع از لحوق اجازه است چون اجتماع نقیضین محال است. پس با لاخرة با حکم به صحت تصرفات مزبور، جائی برای اجازه نیست و فی الجمله ردّ فعلی صورت گرفت.

قوله: نعم:

اگر در مثالهای مزبور تصرّف مالک به نحو استیلاد و اجاره و تزویج نباشد بلکه پس از بیع فضولی، مالک اصلی برای مدّتی از سکنای منزل یا از پوشیدن لباس یا از رکوب مرکب و... استفاده کند و بعد هم معاملهٔ فضولی را اجازه کند، این گونه از تصرّفات منافاتی بالحوق اجازه و تأثیر آن از زمان عقد ندارد، پس اگر اجازه کرد می‌تواند معامله از اوّل صحیح باشد و منزل یا مرکب ملک مشتری باشد منتهی برای مدّتی که از سکنای منزل و رکوب مرکب و... استفاده کرده باید اجرة المثل بپردازد.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به این که فرقی میان این تصرفات با تصرفات مذکور (استیلاد و اجاره و...) نیست و صحّتِ تمام اینها موقوف بر ملک است، پس تبصرهٔ مذکور ناتمام است.

قوله: و منه یعلم:

گاهی مالک اصلی از بیع فضولی مطلّع شده و مذلک تصرّفات مذکور را انجام می‌دهد و گاهی اصلاً اطلاعی ندارد، حال از ما ذکرنا روشن شد که مسألهٔ عدم تأثیر اجازه از اوّل عقد، مخصوص به فرض علم نیست بلکه چه بداند چه نداند صحّت تصرفات با صحّت اجازهٔ کذائی قابل جمع نیست، زیرا تنافی میان آندو واقعی و نفس الامری است نه علمی

و مربوط به صورتِ علم. پس تصرفات مذکور را به هر قصدی که مرتکب شود بالحوق اجازه از اوّل عقد، منافات دارد. (بر خلافِ بخش سوّم از تصرّفات که خواهد آمد.)

قوله: و دعوی:

تا به حال به این نتیجه رسیدیم که میان صحّت تصرفات مذکور با تأثیر الاجازهٔ از حین عقد منافات وجود دارد و قابل جمع نیستند، حال مستشکل می‌گوید: خیر منافاتی میان آن دو نیست، ما می‌گوئیم هم تصرفات مذکور صحیح است و نشانهٔ مالکیّت متصرّف در لحظهٔ تصرّف است، و هم اجازهٔ بعدی صحیح است و کاشف از مالکیّت مشتریِ اصیل است، منتهی لازم نیست که کاشف از ملک از اوّل عقد باشد و قابلیّت تأثیر در ملک از آغاز بیع فضولی در او باشد تا تنافی پیش آید، بلکه کافی است که کاشف از ملکیّت مشتری از بعد از تصرفات مذکور باشد (کشف مقداری و به مقدار قابلیّت) آنگاه منافاتی نخواهد بود زیرا تا پایان تصرفات مذکور فقط مالک اصلی مالک است و پس از آن به سبب اجازهٔ بعدی که کاشف بود فقط مشتریِ اصیل مالک است: فَاَیْنَ التناقض؟

شاهد بر کفایت کشف مقداری، مطلبی است که خود مرحوم شیخ در مسألهٔ **«من باع شیئاً ثم ملکه فاجازه»** فرمودند، آنجا که محقّق تستری اعتراض می‌کرد که بر مسلک کشف تأثیر اجازهٔ مالک جدید از اوّل عقد محذور دارد و مستلزم خروج از ملک پیش از ورود در ملک است، خود شما در جواب فرمودید که: کشف مقداری را قائل می‌شویم و می‌گوییم: به مقداری که قابلیّت دارد کاشف است و آن از لحظهٔ مالک شدن این مالک جدید است نه پیش از آن، در ما نحن فیه هم بگوییم: از بعد از تصرّفات مذکور اجازه کاشفه باشد نه قبل از آن و در نتیجه منافاتی نخواهد بود.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ادّعای مذکور باطل است چراکه اهل کشف و قائلین به کاشفیّت اجازه اجماع دارند بر اینکه اجازهٔ مالک اصلی اگر بخواهد کاشف باشد باید از حین عقد کاشف باشد نه پس از مدّتی، و قیاس اجازهٔ مالک جدید به مالک اصلی مع الفارق است. و در ما نحن فیه مالک اصلی اجازه می‌کند و باید کاشف باشد از اوّل عقد، پس منافات کماکان باقی است.

قوله: نعم:

اگر اجازهٔ بعدی را ناقله بدانیم محذوری پیش نمی‌آید زیرا تصرّفات مذکور در ملک خود مالک بوده و صحیح است و مالکیّت مشتری هم پس از اجازه می‌آید و اجتماع دو مالک بر یک مملوک و در نتیجه تناقص نیست. و اگر کشف حکمی را اختیار کنیم که اصل ملکیّت بعد از اجازه بیاید ولی تا حدّ امکان برخی از آثار و احکام ملک از اوّل مترتب شود باز محذوری نیست و تصرفات مذکور صحیح است و اجازهٔ بعدی هم مؤثر است و منافاتی نیست.

ولی اگر کشف حقیقی را بگوییم و مسلک مشهور را اختیار کنیم که اجازه به وجود خارجی‌اش شرط تأثیر است (به عنوان شرط متأخر) و تا نیاید ملکیتی نیست و همینکه آمد ملکیّت از یکماه قبل یعنی از لحظهٔ عقد می‌آید. و یا مسلک فصول را اختیار کرده و وصف تعقّب و لحوق را مطرح کنیم که عقدی که ملحوق به اجازه باشد مؤثر است باز با آمدن اجازهٔ بعدی این وصف انتزاعی برای عقد درست می‌شود و از اوّل موجب ملکیت می‌شود. و یا مسلک عدّه‌ای را اختیار کنیم و برای اجازهٔ بعدی تأثیری قائل نشویم بلکه آن را فقط علامت و کاشف صرف بدانیم و تمام السبّب را خود عقد بدانیم بر این سه مسلک تنافی هست آنگاه یا باید گفت: تصرفات مذکور صحیح است و نوعی ردّ فعلی محسوب می‌شود و پس از آن اجازهٔ کذائی نمی‌آید، و یا اگر اینها را ردّ بیع حساب نکردیم و گفتیم اجازهٔ بعدی صحیح و مؤثر است ناچار می‌شویم از اینکه بگوییم: صحّت تصرفات مزبور ظاهری و در ظاهر امر است و با آمدنِ اجازه معلوم می‌شود که آنها در ملک مالک نبوده در نتیجه این تصرفات باطل می‌گردد و آن اجازه صحیح و مؤثر می‌شود.

ج: قوله: بقی الکلام:

بخش سوّم در مورد افعال و تصرّفاتی است که پس از بیع فضولی از مالک اصلی صادر می‌شود و این تصرّفات نه ناقل و مُخرج هستند که بدین وسیله مبیع از ملک مالک خارج شود، بلکه کماکان در ملک مالک باقی است. و نه با صحّت و تأثیر اجازه از حین عقد منافات دارند که با انجام این تصرّفات، اجازهٔ بعدی نتواند کاشف از ملکیّت مشتری از حال عقد باشد بلکه اگر بعداً اجازه کرد قابلیّت دارد که از اوّل ملک مشتریِ اصیل شود.

فی المثل مالک اصلی مبیع را در معرض بیع قرار بدهد که این عمل نوعی تصّرف است که متاع خویش را آورده و در معرض فروش گذاشته ولی به صرف تعویض نه متاع از ملک او خارج می‌شود نه منافی با اجازهٔ از اوّلِ امر است یا مثلاً مبیع را به بیع فاسد به دیگری فروخت که این نیز تصرّف است ولی نه ناقل است (چون با بیع فاسد که مبیع به دیگری منتقل نمی‌شود) و نه منافی بالحوق اجازهٔ کاشفه است.

حال حکم این تصرّفات چیست؟ آیا اینها هم ردّ فعلی محسوب می‌شود؟ یا نه؟ موحوم شیخ اینها را به دو دسته تقسیم می‌کنند:

قسم اوّل: اینگونه تصرّفات از مالک در حال التفات و توجه صادر شده یعنی با اینکه می‌داند که پیشاپیش فضولی این مبیع را فروخته است، و الان هم ملتفت و متذکّر و متوّجه است نه اینکه از بیع فضولی غافل باشد و آن را فراموش کرده باشد، باالتفاتِ کامل اقدام می‌کند و مبیع را در معرض بیع قرار می‌دهد و یا به بیع فاسد می‌فروشد.

قسم دوّم: تصرّفات مزبور در حال عدم التفات صادر شده یعنی مالک اصلی اصلاً از بیع فضولی آگاه نبوده و یا اگر آگاه شده بود فعلاً و در حال تصرّف آن را فراموش کرده و به کلّی نسیاً منسیّاً شده و بدون توّجه به آن این اقدامات را انجام می‌دهد.

امّا حکم قسم اوّل: مرحوم شیخ می‌فرماید: به عقیدهٔ ما چنین تصرفی (که با التفات بوده) ردّ و فسخ فعلیِ بیع فضولی به حساب می‌آید و به ردّ قولی ملحق بوده و در حکم ردّ قولی است (حکم ردّ و ثمرهٔ ردّ در ادامه خواهد آمد.) و برای این الحاق سه دلیل می‌آورند:

دلیل اوّل: وجداناً بر این تصرّفات ردّ صدق می‌کند (زیرا کسی که باالتفات کامل به بیع فضولی خود اقدام می‌کند و متاعش را در معرض بیع قرار می‌دهد یا می‌فروشد منظورش این است که: بیع فضولی را قبول نداریم و گرنه چنین اقدامی نکرد.) و وقتی ردّ صدق کرد، این تصرفات مشمول دو دسته اطلاقات می‌شوند که به منزلهٔ کبرای کلّی برای این صغری است:

الف: اطلاقاتی که می‌گوید: اگر عبد یا امه‌ای بدون اذن مولایش اقدام به ازدواج کرد، زمام امر این نکاح در دست مولی است، «**ان شاء اجازه و ان شاء فرّق بینهما**» و تفریق اعّم از قولی و فعلی است یعنی به زبان بگوید: من نکاح شما را بر هم زدم، و یا عملاً میان آنها

جدائی بیاندازد که ردّ فعلی است. پس تصرّف مذکور ردّ فعلی است، و ردّ فعلی برای فسخ کافی است، پس تصرف کذا کافی است.

ب: اطلاقی که می‌گوید: اگر مادری برای پسرش همسری اختیار کند و دختری را به عقد پسرش در آورد پسر مجبور به قبول کردن و تن در دادن به این ازدواج و سوختن و ساختن نیست بلکه اختیار این نکاح بدست او است، «**ان شاء قبل و ان شاء ترک**[1]» که ترک و رها کردنِ نکاح اعّم از اینست که قولی باشد یعنی رسماً و صریحاً بگوید: من این ازدواج را قبول ندارم و این زن را نمی‌خواهم، و یا فعلی باشد یعنی عملاً نکاح مزبور را رها کند و نادیده بگیرد و ترتیب اثر ندهد که ردّ فعلی است، آنگاه تصرّفات کذائی ردّ فعلی است و ردّ فعلی کافی است پس تصرّف کذا برای فسخ کافی است.

قوله: الاّ ان یقال:

ممکن است فقیهی در دلیل اوّل مناقشه کرده و بگوید: این که امام علیه السلام فرمود: ان شاء فرّق بینهما، یا فرمود: ان شاء ترک، و مقیّد نکرد به تفریق و ترک قولی دلیل بر اطلاق از این حیث نیست، شاید اطلاقات مذکور از حیث اصل مطلب در مقام بیان هستند و می‌خواهند بگویند: مولی یا رجل چنین حقّ و اختیاری دارند، امّا از لحاظ خصوصیّات و کیفیّت ترک و تفریق در مقام بیان نیستند که آیا حتماً ردّ قولی باشد یا فعلی هم کفایت می‌کند؟ و اگر از این جهت در مقام بیان نبودند در ما نحن فیه قابل تمسّک نیستند.

دلیل دوّم: قوله: انّ المانع:

مناط ردّ قولی در اینگونه از تصرّفات هم هست، به عبارت دیگر همان عاملی که مانع می‌شد از اینکه پس از ردّ قولی بتواند اجازه کند و اجازهٔ پس از ردّ قولی را بی‌تأثیر می‌کرد، همان مانع در ردّ فعلی و در این تصرّفات هم وجود دارد، و آن مانع عبارتست از اینکه: مالک اصلی خود که عاقد نیست، وی با اجازه کردن می‌خواهد به منزلهٔ عاقد شود و احکام او را پیدا کند و پس از ردّ قولی و از میان رفتن معاقده و معاهده، امکان ندارد که وی به منزلهٔ یکی از دو طرف عقد گردیده و آن احکام را پیدا کند، دیگر معاقده‌ای نیست و آنکه بود ردّ شد. حال همین مناط در ردّ فعلی هم هست، مالک وقتی به قصد ردّ این

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۲۱۱ باب ۷ حدیث ۳

تصرفات را انجام داد، معنایش آن است که عقد قبلی را ردّ کرد و پس از آن قابلیّت ندارد که اجازه بیاید و مؤثر باشد و سالبه به انتفاء موضوع است. پس ردّ فعلی به وحدت مناط مثل ردّ قولی است و موجب فسخ می‌شود.

دلیل سوّم: قوله: فحوی الاجماع:

در مورد بیع خیاری تا مدّت خیار باقی است ذی الخیار حق دارد معامله را فسخ کند و این فسخ گاهی قولی است و گاهی فعلی یعنی کاری می‌کند که لازمه‌اش فسخ باشد مثلاً مبیع به بیع خیاری را به شخص دیگر می‌فروشد، یا اگر عبد بوده آزاد می‌کند یا اگر جاریه بوده و طی می‌کند و... که اینها کاشف از فسخ بیع و دالّ بر بطلان آن هستند. حال در اینها اجماع قائم است که معاملهٔ خیاری با فسخ فعلی قابل فسخ است. آنگاه اگر فسخ فعلی در بیع خیاری کفایت می‌کند پس در ما نحن فیه یعنی بیع فضولی به طریق اولی کفایت می‌کند، وجه اولویّت آن است که: بیع خیاری از حیث اصل حدوث کمبودی ندارد، قطعاً حادث شده و قطعاً تأثیر فعلی در ملکیّت هم گذاشته و تنها از حیث بقاء و استمرار متزلزل است و معذلک با فسخ فعلی قابل فسخ است، پس بیع فضولی که حدوثاً متزلزل است و تا اجازه نیاید تأثیری نیست و تنها قابلیّت تأثیر دارد، به طریق اولی با فسخ فعلی قابل فسخ است.

قوله: فانّ الوجه:

در لا به لای دلیل سوّم به نکته‌ای اشاره شده و آن اینکه: چرا افعالی از قبیل بیع و عتق و وطی در مدّت خیار موجب فسخ معاملهٔ خیاری می‌شوند؟ دو احتمال وجود دارد:

۱ـ چون این‌ها کاشف از ارادهٔ فسخ هستند و بر قصد الفسخ دلالت می‌کنند یعنی کاشف از این هستند که یک آن قبل از اینها ارادهٔ فسخ کرده و آن را با این فعل انشاء و ابراز و اظهار کرد به این دلیل موجب فسخ هستند.

۲ـ چون اینها با بقاء عقد اوّل منافات دارند زیرا اگر بیع خیاری باقی باشد این تصرّفات جایز نخواهد بود و مؤثّر نخواهد بود، چون «لا وطی الاّ فی ملک»، «لا بیع الاّ فی ملکٍ»، «لا عتق الاّ فی ملکٍ» و جمع متنافیین نشاید، پس با آمدن این افعال خود به خود بیع قبلی منفسخ می‌شود چه قصد ردّ و فسخ داشته باشد یا نه،

مرحوم شیخ احتمال ثانی را ردّ می‌کنند و می‌فرمایند: اگر صرف تنافی مطرح شود

بهتر آن است که بگوییم: عقد اوّل جلوتر آمده و تأثیر هم گذاشته و ملکیّت هم آمده و اینها که بعداً می‌آیند و منافی هستند باطل می‌باشند نه اینکه اینها حاکم شده و عقد واقع شده را باطل کنند، پس صرف این نیست، احتمال اوّل صحیح است که قصد ردّ باشد.

(نکته: از کلام مرحوم شیخ استفاده می‌شود که اگر مالک اصلی در حال التفات به بیع فضولی، آن تصرّفات را انجام داد و در معرض بیع قرار داد و... میان این تصرّفات در حال التفات با قصد ردّ و فسخ ملازمه است و از یکدیگر تفکیک ندارد، در حالی که نوع محشّین مکاسب به ایشان اعتراض کرده‌اند که ملازمه‌ای نیست و ای چه بسا تعریض بیع برای جلب مشتری با قمیت بیشتر باشد که اگر کسی پیدا نشد به همان بیع فضولی هم راضی است، پس نفس تعریض بیع با التفات، لازمه‌اش قصد ردّ نیست.)

و امّا حکم قسم ثانی: تصرفاتی که در حال عدم التفات به بیع فضولی انجام می‌شود، مرحوم شیخ می‌فرماید: با این تصرّفات فسخ بیع فضولی واقع نمی‌شود و لازمهٔ این‌ها ردّ آن نیست زیرا ردّ و فسخ مثل اجازه از انشائات هستند و قوام امور انشائی به قصد است و قصد هم فرع بر التفات است، و چون وی ملتف نبوده قصد ردّ ندارد، پس انشاء ردّ نشده تا مؤثر باشد یا نه، پس بدین وسیله معاملهٔ فضولی ردّ نشد، و از طرفی هم فرض این است که تصرفات مذکور با لحوق اجازه و حتّی تأثیر آن از اوّلِ عقد منافاتی ندارند (چون موجب تفویت محلّ اجازه نیستند) پس مقتضی برای اجازه موجود و مانع از تأثیر آن مفقود است.

قوله: و لا یکفی:

ممکن است کسی بگوید: برای رفع ید کردن از بیع فضولی و ابطالِ آن دو راه وجود دارد:

۱ـ به قصد ردّ و ابطالِ آن تصرفات مذکور را انجام دهد.

۲ـ انشاء ضدّ کند یعنی مثلاً بدیگری بفروشد یا در معرض بیع قرار دهد که اینها با فعل (بیع فضولی) ضدّان هستند و نمی‌شود که هم بیع فضولی صحیح باشد و مبیع ملک اصیل شود و هم معاملهٔ دوّم مالک صحیح باشد و مبیع ملک دیگری شود. حال لازم نیست قصد ردّ باشد تا بگوئید: در ما نحن فیه نیست چون التفات ندارد، بلکه کافی است انشاء ضدّ کند و بدین وسیله خود به خود معاملهٔ فضولی فسخ شود. مرحوم شیخ می‌فرماید: این کافی نیست زیرا آن مقدار که دلیل دارد این است که: پس از ردّ بیع

فضولی اجازه نمی‌آید، و ردّ از عناوین انشائی است و بدون قصد صدق نمی‌کند و اینجا قصدی نیست. امّا مجرّد انشاء ضدّ دلیل بر بطلان فضولی و عدم قابلیّت لحوق اجازه نیست (و بر فرض شک از اصالة بقاء لزوم و قابلیّت که در اوّل مسألهٔ ردّ عنوان شد استفاده می‌کنیم.)

قوله: نظیر:

ظاهر تنظیر آن است که برای عدم کفایت نظیر می‌آورند و می‌خواهند بگویند: ما نحن فیه نظیر این موردی است که ذکر می‌کنیم، ولی مرادشان تنظیر برای کفایت است یعنی اگر می‌خواهید بدانید کجاها بدون قصد و التفات هم تأثیر می‌آید ما برای شما آن نظیر را می‌آوریم و آن در باب طلاق است که اگر مردی زوجه‌اش را به طلاق رجعی مطلّقه ساخته و پس از مدّتی در حال عدّه یادش رفته و به کلّی طلاق را انکار می‌کند، فقهاء به تبع روایت فرموده‌اند: همین انکار رجوع است با اینکه او اصلاً التفات به طلاق ندارد تا قصد رجوع داشته باشد معذلک بدون التفات هم حکم به رجوع کرده‌اند ولی این دلیل خاص دارد که صحیحهٔ ابی ولّاد باشد (**سألت ابا عبد اللّه‌علیه‌السلام عن امرأة ادعّت علی زوجها انّه طلقّها تطلیقة طلاق العدّة... ثم انکر الزوج بعد ذلک فقال‌علیه‌السلام ان کان انکر الطلاق قبل انقضاء العِدّة فانّ انکاره للطلاق رجعةٌ لها...**)

قوله: نعم:

اگر در عقود جایزه (عقد خیاری و غیره) ثابت شود که تصرّفات مذکور ولو در غیر حال التفات کفایت می‌کند و موجب فسخ می‌شود، در ما نحن فیه و بیع فضولی به طریق اولی حکم به کفایت کردن و موجب فسخ شدنِ بیع فاسد و تعریض البیع و... می‌کنیم (وجه اولویّت قبلاً در دلیل سوّم بر قسم اوّل ذکر شد) ولی مع الأسف در آنجا ثابت نشده تا در اینجا قیاس اولویّت درست شود. پس به نظر ما مسأله (تأثیر تصرفات مذکور در غیر حال التفات، در فسخ) محلّ اشکال است که موجب فسخ باشد.

قوله: بل:

نه تنها قسم ثانی از دو قسم بخش سوّم از تصرّفات مبتلا به اشکال شد و موجب فسخ بودن آن ثابت نشد، بلکه قسم اوّل از آن دو قسم نیز محلّ اشکال است که تصرّف در حال التفات هم موجب فسخ باشد و قابلیّت لحوق اجازه را نداشته باشد. وجه اشکال آن

است که بعضی از معاصرین ادّعای اجماع کرده‌اند بر اینکه: همانطوری که در اجازه قول لازم است و باید قولی باشد تا مؤثر شود هکذا فسخ و ردّ هم باید قولی باشد و فعلی کافی نیست. پس تأثیر فسخ فعلی مشکل شد.

قوله: و لذا:

اینهم شاهدی بر اشکال مزبور است که علاّمه در قواعد[۱] فرموده: اگر شخصی دیگری را وکیل کرد که مثلاً عبای او را بفروشد، پس از مدّتی (اگر صریحاً او را از وکالت عزل کرد، وکالت باطل می‌شود. ولی اگر به جای فسخ قولی) اقدام کرد و خودش عبا را فروخت (چنانچه بیع صحیح و جامع شرایط انجام داده قطعاً بیعش صحیح است و وکالت خود به خود باطل می‌شود چون موضوع ندارد. ولی اگر) به بیع فاسد آن را فروخت و جاهل به فساد هم بود (پس به طریق اولی اگر عالم به فساد بود) بدین وسیله آن وکالت باطل نمی‌شود (با اینکه مفروض کلام در مورد التفات و توجّه است معذلک فعل کذائی موجب فسخ نیست) پس باید فسخ قولی باشد و فسخ فعلی کافی نیست. جناب فخر الدین[۲] و محقق ثانی[۳] هم این اعتراض علاّمه را تایید و امضا کرده‌اند.

قوله: و الحاصل:

حاصل کلام از اوّل مسألهٔ ردّ تاکنون بر قرار ذیل است:

در رابطه با ردّ بیع فضولی پنج فرض ذکر شد:

۱ـ ردّ قولی: قدر متیقّن از فسخ و ردّ همین فسخ قولی است.

۲ـ فعل و تصرّفی که ناقل و مُخرج بوده و مبیع را از ملک مالک خارج کند و موجب تفویت محلّ اجازه شود چه به قصد ردّ این کارها را بکند یا نه. اینها اگر به قصد ردّ نباشند مستقیماً ردّ بیع نمی‌باشند ولی موضوع اجازه منتفی می‌شود.

۳ـ تصرّفاتی که ولو مُخرج از ملک نیستند ولی به قصد ردّ بیع فضولی انجام شده‌اند، اینها هم فسخ فعلی هستند.

۴ـ تصرّفاتی که مُخرج نیستند ولی منافی هستند با نفوذ و تأثیر اجازه از اوّل عقد و به قصد ردّ هم انجام نشده‌اند اکتفاء به اینگونه تصرّفات برای ردّ بیع فضولی بر خلاف اصل

---

۱. قواعد، ج ۱، ص ۲۵۹.
۲. ایضاح الفوائد، ج ۲، ص ۳۵۲.
۳. جامع المقاصد، ج ۸، ص ۲۸۲.

(استصحاب بقاء لزوم یا قابلیّت در اوّل مسأله) است و قابل قبولی نیست.

۵ـ تصرفاتی که نه مخرج از ملک می‌باشند و نه منافی با تأثیر اجازه هستند و نه به قصد ردّ انجام شده‌اند مثل تعریض بیع بدون التفات به بیع فضولی، اینها نیز فسخ و ردّ محسوب نمی‌شوند.

قوله: و کذا الوکالة:

باب وکالت نیز مثل باب بیع فضولی است و همان صور در اینجا هم متصوّر است، و لکن یک تفاوت دارند و آن اینکه: در این دو باب اکتفا به ردّ فعلی واضحتراست (شاید به این دلیل که در مثل بیع ادّعای اجماع بر لزوم فسخ قولی داشتیم ولی در امثال وکالت و وصایت، چنین ادّعای اجماعی نشده و لذا اکتفا اوضح است.)

قوله: و امّا الفسخ:

به طور کلّی در مورد بیع فضولی سه عامل موجب فسخ است:

۱ـ ردّ قولی ۲ـ ردّ فعلی یعنی کاری که به قصد ردّ انجام می‌گردد ۳ـ فعلی که منافی است با صحّت و تأثیر اجازهٔ بعدی ولو به قصد ردّ انجام نشود. امّا فسخِ عقود جایزه (که بقائاً متزلزل هستند) چه آنها که ذاتاً جایز هستند و ماهیّت آن عقد جایز است (مثل هبه) و چه آنها که ذاتاً و ماهیّتاً لازم می‌باشند ولی بالعرض جایز شده‌اند (مثل بیع خیاری) منحصراً دو راه بیشتر ندارد

۱ـ فسخ قولی: به صراحت بگوید: من هبه را فسخ کردم، بیع را فسخ کردم و... .

۲ـ فسخ فعلی: عملاً به قصد ردّ و فسخ، فعلی از افعال را انجام دهد، مثلاً مال موهوب راکه به زید هبه‌کرده، به نیّت ردّ هبه به بکر هبه‌کند یا بفروشد و... یا مبیع به بیع خیاری را در مدّت خیار به مشتری دیگر بفروشد، اگر جاریه است وطی کند و... این کارها به قصد ردّ و بدین منظور انجام بگیرد.

و امّا به صرف اینکه واهب یا ذی الخیار در مدّت خیار کاری انجام دهد که منافی با هبه یا بیع خیاری است (مثلاً به دیگری هبه کند، بفروشد، وقف کند، عتق کند، و... که با بقاء هبهٔ اوّل یا بیع اوّل سازگار نیست) ولی قصد ردّ نداشته باشد، کفایت نمی‌کند و موجب فسخ هبه یا بیع اوّل نمی‌شود، زیرا قانون متنافیین این است که اگر احد هما اوّل محقّق شده دیگری محال و ممتنع خواهد بود نه اینکه دیگری بیاید و اوّلی را از بین ببرد

و در اینجا اوّل هبه و بیع آمده و متاع ملک متهّب یا مشتری شده و تصرّفات مزبور که منافی است بعداً می‌آید و می‌خواهد آن بیع یا هبه را باطل کند و قانوناً خود اینها باید باطل باشند، پس مجرّد تنافی کافی نیست باید به قصد ردّ باشند تا کفایت کنند.

اگر شما بگوئید: پس چطور در بیع فضولی مجرّد فعل منافی را کافی دانسته و موجب فسخ بیع فضولی دانستید؟ خواهیم گفت: قیاس مع الفارق است زیرا در بیع فضولی آن کس که اقدام می‌کند و فعل مزبور را انجام می‌دهد خود مالک اصلی است (چون تا اجازه نکند از ملک او خارج نمی‌شود) و چون از مالک صادر شده به حکم الناس مسلطون تصرّفات او نافذ است و اینها که صحیح بود نوبت به اجازهٔ بعدی و مؤثر بودنِ آن نمی‌رسد و وقتی اجازه نیامد خود به خود بیع فضولی هم نابود و منفسخ می‌شود. ولی در مورد عقود جایزه به مجرّد هبه یا بیع از ملک طرف خارج شد و او اجنبی است و لذا علی القاعده تصرّفاتش نافذ نیست و خود این کارها باطل است و اگر بخواهد صحیح باشد باید به قصد ردّ باشد که آناً ماً قبل از این کارها، معاملهٔ خیاری یا هبه فسخ شود و تصرّفات مزبور در ملک خود شخص باشد.

قوله: ثمّ انّ الرّد:

حال که سخن از ردّ بیع فضولی شد این سؤال مطرح می‌شود که فایدهٔ ردِّ بیع فضولی چیست؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: یک فایده بیشتر ندارد و آن اینکه: تا ردّ محقّق نشده می‌تواند بیع فضولی را اجازه کند و همین که ردّ محقّق شده جای اجازه نیست و اجازهٔ پس از ردّ تأثیری ندارد زیرا اجماعی است که اجازه اگر مسبوق به ردّ شد تأثیری ندارد، پس فایده و ثمره ردّ این است که: پس از آن اجازه تأثیری ندارد.

سئوال: آیا فایدهٔ دیگری هم دارد؟ ممکن است کسی بگوید: آری، فایده دیگر آن است که اگر میان فضولی و مشتریِ اصیل قبض و اقباض صورت گرفته و فضولی مبیع را به مشتری داده است، در این صورت اگر مالک اصلی بیع فضولی را ردّکرد می‌تواند مبیع را از مشتری بگیرد و اگر ردّ نکرد نمی‌تواند آن را پس بگیرد. مرحوم شیخ می‌فرماید: جواز انتزاع در گرو ردّ نیست بلکه تا زمانی که اجازه نکرده حقّ دارد پس بگیرد، خواه ردّ کرده باشد یا نه.

سئوال: آیا نفس این انتزاع و پس گرفتن مبیع از مشتری می‌تواند ردّ بیع فضولی از

سوی مالک محسوب شود؟ جواب: اگر همراه با قرائنی باشد که دالّ بر قصد ردّ باشند، آری نفس اخذ هم ردّ است ولی اگر همراه قرائن نباشد مجرّد اخذ کردن ردّ نیست، بلکه اعمّ از قصد ردّ و قصدهای دیگر است (مثل اینکه مبیع را می‌گیرد تا به ثمن برسد و بتواند ثمن را دریافت کند.) کما اینکه اگر زید به بکر کتابی را هبه کرد و سپس لحظه یا لحظاتی آن را پس گرفت مجرّد اخذ رجوع در هبه و فسخ هبه محسوب نمی‌شود و شاید به قصدهای دیگر باشد.

مسألهٔ آثار اجازه بیع فضولی

اگر مالک اصلی بیع فضولی را اجازه کرد احکامی دارد که مبسوطاً در بخش اجازه گفته آمد و امّا اگر مالک اصلی بیع فضولی را اجازه نکرد بلکه آن را ردّ کرد این فرض نیز احکامی دارد که در این مسأله مطرح است و آن اینکه: اگر چنانچه مبیع کماکان در دست خود مالک اصلی است و به دست فضولی یا مشتری نرسیده که بحثی نیست یعنی بدنبال ردّ بیع فضولی مطلب تمام است و پروندهٔ این بیع فضولی بسته می‌شود و نه مالک اصلی مشغول الذمّه می‌شود و احکامی دارد و نه مشتری وظائفی دارد. و امّا اگر مبیع در دست مالک اصلی نیست بلکه پیشاپیش که بیع فضولی صورت گرفت مبیع هم توسّط فضولی به مشتری داده شد، در اینجا دو مقام از بحث مطرح می‌شود:

۱ـ احکام مالک اصلی با مشتریِ اصیل

۲ـ احکام مشتریِ اصیل با بایع فضولی

امّا مقام اوّل: حکم مالک این است که: یا عین مالش موجود است و یا در دست مشتری تلف شده است. اگر عین مال موجود و باقی است حکم آن است که: مالک اصلی در دست هر کس که آن را ببینید می‌تواند مالش را انتزاع کند به حکم (**الناس مسلطون علی اموالهم، اینما وجده اخذه**) و امّا منافعی که در ظرف مدّت بیع فضولی برای عین بوده: منافع مستوفات (منافعی که مشتری آنها را استیفاء کرده و از آنها بهره برداری کرده است.) را مشتری ضامن است و مالک اصلی خسارت آنها را از وی می‌گیرد.(به دلیل مَنْ اتلف مال الغیر فهوله ضامن) و منافع غیر مستوفات (منافعی که در دست مشتری خود به خود تلف شده و کسی آنها را استیافاء نکرده) مورد اختلاف است که سابقاً در مسأله مقبوض به عقد فاسد گفته آمد و بنابر قولی مشتریِ اصیل اینها را نیز

ضامن است پس مالک اصلی پس از ردّ بیع فضولی هم خود عین را پس می‌گیرد و هم منافع آن را و اگر عین مال در دست مشتری تلف شده حکم آن است که: در دست هر کس تلف شده همان کس ضامن است و مالک اصلی حق دارد به او مراجعه کرده و از خسارت مالش را بگیرد، اگر مثلی بوده مثل را و اگر قیمتی بوده قیمت را دریافت کند، و در قیمی هم اختلاف بود: مشهور قیمت یوم التلف را معتبر می‌دانست، قولی هم اعلی القیم از یوم القبض تا یوم التلف را مطرح می‌کرد و احتمالات دیگری هم بود.

قوله: ولوکان:

بر فرض که اعلی القیم ملاک باشد اگر چناچه مبیع مذکور چند دست گشته یعنی مشتریِ اوّل هم به مشتری دوّم فروخته و... چناچه در دست همین مشتریِ اخیر که تلف شده، قیمت ترقّی کرد و به حداکثر رسید و دوباره تنزّل کرد و تلف شده، اعلی القیم را خود این مشتری ضامن است ولی اگر ارتفاع قیمت در دست مشتریِ قبل بود و بعد هم در دست او نقصان و تنزّل پیدا کرد و با همان قیمت نازله به مشتری اخیر رسید و در دست او تلف شد، این مشتری ضامن قیمت نازله است و آن مقداری که در سایه ارتفاع قیمت زیاد شده بوده ربطی به مشتریِ اخیر ندارد و مشتری قبلی ضامن است چون او ید پیدا کرد، و مشتریِ اخیر بر عالیترین قیمت سلطه پیدا نکرد تا به حکم علی الید ضامن باشد.

و امّا مقام ثانی یا احکام مشتری با فضولی: در اینجا هم دو مرحله بحث داریم:

۱ـ در اصل ثمن: مبلغی راکه مشتری به فضولی به عنوان ثمن داده آیا پس از اینکه مالک اصلی مبیع را از او گرفت، وی حق دارد به فضولی مراجعه کرده و ثمن را اخذ کند یا نه؟

۲ـ در مقدار زیادی: منافع مستوفات و غیر مستوفات راکه خسارت کشیده و نیز اعلی القیم و مقدار زاید بر قیمت اصلی راکه داده آیا حق دارد از فضولی بگیرد یا نه؟ این دو مقام به عنوان دو مسأله در اینجا مطرح می‌شود.

مسألۀ اوّل: مسأله اول از دو مسأله دربارۀ رجوع به اصل ثمن است، و این که آیا مشتری حق مراجعه به فضولی دارد؟ خود این‌مسأله دو مقام دارد: ۱ـ فرض جهل مشتری به فضولی بودن ۲ـ فرض علم به فضولیّت.

امّا فرض جهل: اگر مشتری جاهل به فضولی بودن بود و خیال می‌کرد که فضولی

مالک واقعی است و لذا اقدام کرده و با او معامله کرد و بعداً معلوم شد که وی فضولی بوده نه مالک، حکم آن است که چه ثمن باقی و موجود باشد و چه در دست فضولی تلف شده باشد در هر صورت مشتری حق رجوع به فضولی دارد و ثمن را که پرداخته از او پس می‌گیرد.

قوله: و لا یقدح:

اگر بگوئید: خود مشتریِ اصیل با عملش بنارا بر مالکیّت فضولی گذاشته و به مالکیّت او اقرار و اعتراف کرده (وگرنه معامله محقّق نمی‌شود) و اقرار عقلاء بر نفس خودشان نافذ است پس بعداً حق ندارد به فضولی مراجعه کرده و از او ثمن را دریافت کند.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: این اقرار به سه نحو است:

۱ـ اعتراف به مالکیّتِ بایع بر قاعدهٔ ید مبتنی باشد یعنی مشتری ملاحظه کرد که بایع بر متاع یَدْ و سلطه دارد و یَدْ هم که شرعاً امارهٔ ملکیّت است لذا بنارا بر مالکیّت او گذاشته و او را مالک دانست و با او معامله کرد که غالباً چنین است. در این فرض پس از کشف خلاف (به سبب بیّنه و شهادت عدلین به غصبیّت یا به سبب حکم حاکم یا قطع خود مشتری) ید و اماره ارزشی ندارد و کَاَنْ لم یکن شیئاً است و حقّ مراجعه دارد.

۲ـ اعتراف مشتری به مالکیّت بایع نه بر اساس قاعدهٔ ید که بلکه بر اساس قطع مشتری باشد یعنی مشتری به هر دلیل و از هر راهی قاطع شده که این متاع ملک این بایع است حتّی اگر بیّنه هم بر خلاف قائم شود یا حاکم هم بر خلاف او حکم کند و متاع را از او بگیرند و به مالک اصلی هم بدهند ولی وی از قطع خود خارج نمی‌شود، در چنین فرضی که نادر است حقّ مراجعه ندارد زیرا به عقیدهٔ مشتری، بایع مالک اصلی و معامله صحیح است و وی مالک ثمن شده آنگاه رجوع به او و اخذ ثمن ظلم و اجحاف و تعدّی محسوب می‌شود و مشمول اکل مال به باطل است و حقّ ندارد از او اخذ کند.

۳ـ اگر معلوم نشد که آیا اعتراف مشتری به مالکیّت بایع و سپس اقدام به معامله با وی بر چه اساسی بوده؟ آیا بر اساس قاعدهٔ ید بوده؟ یا به مقتضای قطع و جزم خودش بوده؟ آیا حقّ مراجعه دارد یا نه؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: دو وجه در اینجا موجود است:

الف: ظاهر حال را ملاک قرار داده و بگوییم: وی به قاعدهٔ یَدْ عمل کرده و ظاهر حال مسلم را در نظر گرفته که انشاء اللّه ملک خودش را می‌فروشد و لذا با او معامله کرده،

پس بعد از کشف خلاف حقّ رجوع دارد.

ب: ظاهر لفظ اقرار را ملاک قرار دهیم که دلالت بر واقع دارد و ظهور در اخبار از واقع دارد، چون اقرار اخبار از واقع است و ظاهرش این است که او از واقع خبر دارد و عالمانه اقدام کرده پس حقّ رجوع ندارد(البته این فرض غیر از بخش بعدی است که علم به فضولیّت باشد، در اینجا قطع به مالکیّت بایع دارد البته قطعی که در واقع جهل مرکّب است.)

قوله: وان کان عالماً:

و امّا فرض علم: مشتری یقین دارد که فروشنده فضولی و غاصب است و معذلک اقدام کرده و با وی معامله می‌نماید، در اینجا از سه ناحیه بحث می‌شود:

ناحیهٔ اوّل: ما دامی که عین ثمن در اختیار غاصب است و هنوز تلف نشده و فضولی آن را به دیگری منتقل نکرده آیا مشتری حق دارد به بایع مراجعه کرده و ثمن را استر داد کند یا نه؟ عدّه‌ای از فقهاء از قبیل: علاّمه[1] فرزند علاّمه[2] شهید اوّل[3] شهید ثانی[4] محقّق ثانی[5] بر آنند که آری حق مراجعه دارد، مرحوم شیخ هم صریحاً فتوی به استرداد و استعادهٔ ثمن می‌دهند، و برای این مطلب دو دلیل می‌آورند:

دلیل اوّل: چیزی که شرعاً سبب مملِک باشد و موجب انتقال ثمن به فضولی گردد حاصل نشده و وجهی برای انتقال و تملّک فضولی نیست (نه هبهٔ صحیحی صورت گرفته، نه بیع صحیح نه و صیّت و نه سبب دیگر) پس مادامی که ثمن در دست فضولی است کماکان ملک مشتری است و الناس مسلطون علی اموالهم پس هر کجا مالش را بیابد حقّ دارد آن را باز ستاند.

قوله: و التسلیط:

اگر بگوئید: خود مشتری دو دستی ثِمن را به فضولی داده و او را بر مالش مسلّط کرده و اختیار هر نوع دخل و تصرّفی را به وی داده است آیا صِرْف تسلیط سبب نقل و انتقال

---

۱. تواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.
۲. ایضاح القوائد، ج ۱، ص ۴۱۸.
۳. دروس الاحکام، ج ۳، ص ۱۹۳.
۴. مسالک الافهام، ج ۳، ص ۱۶۰.
۵. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۷

نیست در جواب می‌گوییم: خیر، مجرّد تسلیط باعثِ تملکّ نمی‌شود وگرنه در بیع فاسدی هم که میان دو مالک انجام می‌گیرد و قبض و اقباض هم می‌شود (مقبوض به عقد فاسد) تسلیط هست پس باید حکم به مالکیّت مشتری نسبت به مثمن و بایع بر ثمن بکنیم در حالی که در مقبوض به عقد فاسد چنین حکمی نکردیم بلکه فتوا به ضمانت دو طرف نسبت به مال مأخوذ دادیم، پس مجرّد تسلیط علّت تامّهٔ ملکیّت نیست وگرنه به حکم العلّة تعمّم در مقبوض به عقد فاسد هم باید چنین می‌بود.

قوله: و لانّ:

دلیل دوّم: اگر در همین فرضی که مشتری با علم به غصبیّت معامله کرد و ثمن را به بایع فضولی داد و هنوز ثمن در دست غاصب موجود است، مالک اصلی بجای ردّ (که مفروض بحث ما است) معامله را امضاء می‌کرد آیا اجازه صحیح و مؤثر بود یا نه؟ قطعاً صحیح بود و به دنبال آن ثمن در ملک مالکِ اصلی داخل می‌شد در حالی که اگر به مجرّد تسلیط به فضولی منتقل شده و ملک او گشته بود، مالکِ اصلی از آن اجنبی می‌شد و اجازهٔ او تأثیری نداشت. پس فتوای مشهور به صحّت و تأثیر اجازه در فرض مزبور دلیل آن است که: هنوز ثمن به فضولی منتقل نشده.

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به این که: بر مسلک نقل مشکل داریم و اجازه نمی‌تواند بیاید ولی بر مسلک کشف که مشکلی نیست زیرا قبل از تسلیم و تسلیط ثمن به فضولی، مالک اصلی آن را تملک کرده و مشتری مال مردم را در اختیار فضولی گذاشته و بی‌جهت به وی تسلیم کرده است. و شاید اشاره باشد به این که: تسلیط مراعا سبب ملکیّت است و در فرض بحث که مالک اجازه نداده بلکه ردّ کرده شرط تسلیط که عدم اجازهٔ مالک بوده حاصل شده و لذا فضولی مالک شده و مشتریِ اصیل حقّ ردّ ندارد.

قوله: و هل یجوز:

ناحیهٔ دوّم: آیا بایع فضول (که خود می‌داند فضولی و غاصب است) شرعاً حق دارد در ثمن تصرّف کند و به صرف تسلیط مشتری مجاز است از ثمن استفاده کند یا نه؟ دو وجه بلکه دو قول در مسأله وجود دارد:

۱ـ آری مجاز است زیرا مالک اصلی (مشتری) خودش این اذن و اختیار را به او

داده و او را بر مال خویش مسلّط کرده است. **و لا یحّل مال امرءٍ مسلم الّا بطیب نفسه.**

۲ـ خیر، مجاز نیست و حق تصرّف ندارد، به این دلیل که چنین تصرفی اکل مال به باطل است یعنی تصرّف در مال مردم بدون اجازهٔ شرعی (مجوّز شرعی یا مالکیّت است یا اذن مالکی که از آن به اباحهٔ مالکیّه تعبیر می‌شود و یا اذن شرعی که همان اباحهٔ حکمی باشد، و در ما نحن فیه هیچکدام نیست زیرا نه مالک است، نه اباحهٔ مالکی دارد چون اباحهٔ مالکی به ازاء تملّک مثمن بوده که فرضاً حاصل نشده، و نه اباحهٔ شرعی دارد چون هیچ دلیلی شرعاً ندارد.)

مرحوم شیخ همین قول را تقویت می‌کنند.

قوله: و امّا لو کان:

ناحیهٔ سوّم: اگر به هر دلیلی ثمن در دست فضولی تلف شد (قهری و به آفت سماوی یا عمدی و با اتلاف غاصب) آیا پس از تلف، مشتری حق مراجعه به فضولی دارد؟ و می‌تواند از او بدل مالش را مطالبه کند؟ مشهور فقهاء فتوی به عدم جواز رجوع داده‌اند، و عدّه‌ای از قبیل: علاّمه[۱] ولد علاّمه[۲] محقق ثانی[۳] شهید ثانی[۴] ادّعای اجماع کرده‌اند. و مختار شیخ اعظم نیز همین است و دلیل مطلب از زبان جمع مذکور آن است که: مشتری فضولی را مجاناً و بلا عوض بر مال خویش مسلّط کرده پس حقّ مراجعه و مطالبهٔ بدل ندارد. مرحوم شیخ در توضیح استدلال مذکور می‌فرماید:

ادلّه‌ای که موجِب ضمانِ بایع فضولی گردد عبارتنداز: ۱ـ قاعدهٔ ید (علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی) ۲ـ قانونِ اقدام بر ضمان (که در مسألهٔ مقبوض به عقد فاسد به عقد شیخ طوسی و جماعتی برای حکم به ضمان از این قاعده استفاده کردند.) و هیچکدام از این قواعد در مورد بحث ما جاری نیست تا حکم به ضمانِ فضولی کند.

امّا حدیث علی الید: این قانون به سه باب دیگر قطعاً تخصیص خورده و اگر به آن موارد تخصیص خورده پس تخصیص به ما نحن فیه به طریق اولی خواهد بود. بیان مطلب: آن سه مورد عبارتند از:

---

۱. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.
۲. ایضاح الفوائد، ج ۱، ص ۴۲۱.
۳. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۷.
۴. مسالک، ج ۳، ص ۱۶۰.

الف: باب و دیعة:

اگر شخصی مالی را نزد کسی به امانت گذاشت و از او خواست تا این مال را برای صاحبش حفظ کند (سخن از محافظت و نگهداری است نه تصرّف در مال) چنانچه افراط و تفریط صورت نگرفت و مال خود به خود تلف شد، شخص وَدَعیِ ضامن نیست، و عموم علی الید ما اخذت به این مورد تخصیص خورده است.

ب: باب عاریه: اگر رفیقی کتاب یا ماشین خود را به رفیقش عاریه داد تا از آن انتفاع برده و سپس به صاحبش برگرداند (باز اختیار عین مال را ندارد و باید مراقبت کند و آن را برای صاحبش حفظ کند و ضمناً به مقداری که مجاز است استفاده کند.)

چنانچه مال مورد عاریه بدون افراط و تفریط در دست مستعیر تلف شد، وی ضامن نیست. باز هم عموم علی الید تخصیص خورد.

ج: باب اجاره: عین مستأجره در دست مستأجر امانت است و باید در حفظ آن بکوشد و ضمناً از منفعت آن هم استفاده کند، باز اگر عین مال بدون تقصیر. کوتاهیِ مستأجر در دست او تلف شد وی ضامن نیست (**لیس علی الامین الّا الیمین**) و برای بار سوّم قانون علی الید تخصیص خورد.

د: ما نحن فیه: اگر در سه مورد قبل ضمانت نیست پس در ما نحن فیه که تسلیط مشتری باشد به طریق اولی ضمانت نیست چون اصلاً تسلیم و اقباض برای این است که فضولی در آن ثمن تصرّف کند و مطلق العنان باشد نه برای محافظت و مواظبت.

قوله: و دعوی:

مستشکل می‌گوید: درست است که مشتری ثمن را به فضولی داد و او را بر ثمن مسّلط کرد ولی تسلیط مجانّی که نبوده تا شبیه هبهٔ فاسده باشد که چون صحیحِ آن موجب ضمان نیست فاسد آن هم موجب ضمان نباشد (به حکم ما لا یضمن بصحیحه لایضمن بفاسده) بلکه تسلیط در برابر عوض بوده و عوض سالم نمانده و به دست مشتری نرسیده پس حق دارد ثمن یا بدل را پس بگیرد.

قوله: مندفعه:

مرحوم شیخ می‌فرماید: درست است که در ظاهر تسلیط به عوض بوده نه مجانّی ولی تسلیط به کدام عوضی؟ به عوض که ملک غیر است و خود مشتری هم از آن خبر دارد و

معذلک ثمن را به فضولی می‌دهد و بنا را بر ملکیّت او می‌گذرد، پس در حقیقت مشتری فضولی را بر عوض از جیب خود فضولی تضمین معاملی و الزام مبایعی نکرده بلکه بر عوض از جیب دیگری تضمین کرده و این موجب ضمانتِ او نمی‌شود و حقّاً شبیه سه باب زیر است و باطناً تسلیط مجانّی است:

۱ـ باب هبهٔ فاسده که صحیح آن ضمان آور نبود فاسدش هم کذلک.

۲ـ بیع بلا ثمن که اگر صحیح بود ضمان آور نبود حالا که فاسد است کذلک.

۳ـ باب اجارهٔ بلا اجرت که اگر صحیح بود موجب ضمان نبود حالا هم که فاسد است کذلک، و امّا قانون اقدام: با جوابی که از اشکال مستشکل دادیم، وضع این قاعده هم روشن شد و آن این که: درست است که فضولی اقدام بر ضمان کرده و به عهده گرفته که متاع را بدهد ولی ضمان بر عهدهٔ خودش یا عین مال خودش بلکه بر متاع غیر، و مشتری هم از این وضعیت خبر دارد، پس در حقیقت نه مشتری او را ضامن کرده و نه او تضمین جدّی داده تا ضامن باشد، آن اقدام بر ضمان که اثر داشته باشد محقق نشده و آن که محقق شده نسبت به مال غیر است که ربطی به فضولی ندارد و ضمان برای او نمی‌آورد و اثر ندارد، س از این راه هم نمی‌توان حکم به ضمان او کرد.

(بعضاً قاعدهٔ اتلاف را هم عنوان کرده‌اند که: من اتلف مال الغیر فهوله ضامن ولی این دلیل اخص از مدعّا است: مدعّا مطلق تلف است چه قهری چه عمدی و دلیل مزبور خصوص تلف عمدی را شامل است.)

قوله: فان قلت:

حاصل سخن مرحوم شیخ این شد که تضمین حقیقی در کار نیست و اقدام بر ضمان نکرده بلکه تسلیط مجانّی است و لذا اگر تلف شد ضامن نمی‌باشد، مستشکل به این مطلب اشکالی دارد:

مقدّمه: سابقاً در مسألهٔ سوّم از مسائل بیع فضولی (که فضولی مال مردم را برای خودش معامله می‌کرد) اشکالهائی مطرح بود یکی از اشکالها این بود که فضولی قصد معاوضهٔ حقیقی ندارد بلکه قصد معاوضهٔ صوری دارد (زیرا معاوضهٔ حقیقی آن است که مثمن از ملک هر کس خارج شد ثمن در ملک همان کس داخل شود نه اینکه ثمن به ملک دیگری داخل شود.) ولذا بیع فضولی باطل است. در جواب اشکال گفته آمد که

فضولی اوّل بنا را بر مالکیّت می‌گذارد (اعتقاداًیا عدواناً) و خود را مالک می‌بیند بدنبال این بنا گذاری، به عنوان اینکه مالک است انشاء تملیک می‌کند و حقیقتاً و جدّاً انشاء تملیک می‌کند. با این مقدّمه می‌گویم: درست است که فضولی مالک نیست و مشتری هم این را می‌داند، ولکن هم فضولی که اقدام به بیع مال مردم می‌کند بنا را بر مالکیّت خویش می‌گذارد تا بتواند قصد معاوضه نماید و هم مشتری بنا را بر مالکیّت او می‌گذارد تا بتواند با او معامله کند و از او قصد تملکّ کند (البته این بنا گذاریها مورد امضای شارع نیست ولی معمولاً غاصبین و سارِقین کاری به حکم شارع ندارند، آنها خود را مالک دانسته و اجناس مسروقه و اموال مغصوبه را معامله می‌کند.) و وقتی بنا را بر مالکیّت گذاشتند بدنبال آن هنگامی که بایع می‌گوید: بعتک...به عنوان مالک می‌گوید و مشتری که می‌گوید: اشتریت منک...به عنوان اینکه او را مالک می‌داند چنین می‌گوید، با این حساب تسلیط مجانی نیست بلکه به عوض است و هر کدام دیگری را ضامن عوض قرار می‌دهند و تضمین مزبور یک تضمین حقیقی است که از مالکیّت ادّعائی سر چشمه گرفته است و اگر ضمانت واقعی شد چنانچه یکی از دو عوض سالم نماند و مالک اصلی آن را استرداد کرد عوض دیگر هم سالم نمی‌ماند و مشتری حق دارد مراجعه کند و عوض ثمن تالف را از فضولی اخذ کند.

سپس مستشکل تنظیر می‌کند و می‌گوید: فرض ما صورت علم مشتری به غصبیّت بود، حال اگر مشتری جاهل به غصبیّت بود و خیال می‌کرد که واقعاً فروشنده مالک اصلی است و اقدام کرد و با او معامله نمود و ثمن را به او تحویل داد و او هم ثمن را تلف کرد و بعداً کشف خلاف شد و معلوم گردید که فروشنده فضولی بوده و مالک اصلی معامله را ردّ کرد آیا مشتری حق دارد به فضولی مراجعه کرده و بدل مالش را از او بگیرد؟ به اتّفاق همهٔ فقهاء حق مراجعه دارد. حال در اینجا هم تضمین بر مال واقعیِ فضولی نبوده بلکه بر مثمن معیّن خارجی بوده که در واقع ملک مالک اصلی بوده. و همانطوری که در این مورد تضمین حقیقی است ولی منشأش اعتقاد به مالکیّت است که کشف خطأ آن به تضمین ضرر نمی‌زند، هکذا در ما نحن فیه (فرض علم) تضمین حقیقی است ولی منشأش بنای عدوانی بر مالکیّت است. پس تسلیط مجاّنی نیست تا ضامن نباشد.

قوله: قلت:

مرحوم شیخ نخست از اصل اشکال جواب می‌دهند و سپس از تنظیر مزبور:

امّا از اصل اشکال: می‌فرماید: ما اوّل برای شما ضمان را معنی کنیم تا بعد ببینیم در ما نحن فیه ضمان حقیقی هست یا نه؟ ضمان عبارتست از: بودن چیزی بر عهدهٔ ضامن بدین معنی که درک و خسارت آن شیئی بر عهدهٔ ضامن است و وی باید تدارک کند. آنگاه در مواردی که مضمون به، مالی از اموالِ خودِ ضامن باشد ضمان معنی دارد و وی به عهده گرفته که از مال خویش بپردازد، امّا در موردی که مضمونٌ به مال دیگران (مثل ما نحن فیه) است و طرفین هم می‌دانند که مال دیگری است معذلک معامله می‌کنند ولو صورتاً تضمین هست (تضمین معاملی) ولی ضمان حقیقی در کار نیست و بایع چیزی بر عهده نگرفته است و بناگذاریِ متعاقدین بر مالکیّت عدوانی هم حدّاکثر این نقش را دارد که طرفین بتوانند به طور جدّ انشاء تملیک و تملّک کنند وگرنه معاوضهٔ حقیقی میان دو مالک اصلی است، ضمانت واقعی هم میان آن دو است و بر فرض اجازه، مالک اصلی ضامن ثمن است. پس ضمان حقیقی برای غاصب نیست پس تسلیط او تسلیط به عوض نیست بلکه مجّانی است. و اگر ثمن در نزد او تلف شد وی ضامن نیست.

و امّا تنظیری که آوردید: قیاس فرض علم به فرض جهل مرکب و اعتقاد به خطامع الفارق است زیرا در فرض اعتقاد به مالکیّت از اوّل طیب نفس مالک به این عنوان بود که خیال می‌کرد مثمن ملک او می‌شود و عوضی در کار است راضی شد ولی بعداً که کشف خلاف شد، طیب نفس دیگری در کار نیست و لذا تصرف فضولی د رثمن بدون طیب نفس مالک بوده و ضامن است. ولی در فرض علم به غصبیّت طیب نفس مالک به تصرّف و اتلاف (آنهم بدون تضمین مالی از سوی بایع) موجود است و وی حق دارد تصرّف کند و اگر تصرّف کرد ضامن نیست.

قوله: و ممّا ذکرنا:

مادّهٔ نقض دیگر: مستشکل می‌گوید: ما نحن فیه که مشتریِ اصیل با علم و عمد ثمن را در اختیار فضولی گذاشته و او را بر ثمن مسلّط کرده همانند موردی است که دو مالک اصلی با یکدیگر معامله می‌کنند و مشتری می‌داند که این معامله فاسد و باطل است و واجد شروط صحّت نیست و معذلک ثمن را به بایع تسلیم می‌کند و در مقابل بایع را ضامن

می‌کند به چیزی که می‌داند که او ضامن نمی‌شود. یا بایع علم به فساد دارد و معذلک مثمن را به مشتری می‌دهد و او را ضامن می‌کند به چیزی که او ضامن نمی‌شود و گویا اصلاً تضمینی نیست و مجاّناً تسلیط کرده است. ولی معذلک کلّه فقهاء فتوی به ضمان داده‌اند و فرموده‌اند اگر ثمن در دست بایع تلف شد ضامن است، اگر مثمن در دست مشتری تلف شد ضامن است حال همانطوری که در این موارد با اینکه حقیقتاً تضمینی نیست ولی حکم به ضمان شده است هکذا در ما نحن فیه هم حکم به ضمان بایع فضولی می‌شود.

قوله: وجه الفساد:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از جوابی که در مادّهٔ نقض اوّل ذکر کردیم جواب این مادّهٔ نقض هم داده می‌شود و آن اینکه: قیاس مع الفارق است زیرا در مورد بیع فاسد از طرف مالک‌های اصلی تضمین حقیقی وجود دارد و مشتری حقیقتاً بایع را ضامن به پرداخت مثمن می‌کند و هکذا بایع، چراکه مضمون به، مال واقعیِ خود ضامن است منتهی فساد عقد، مانع از نفوذ و تأثیر این ضمانت و تضمین است در نظر شارع مقدس، و وقتی شارع مقدّس این ضمان خاص را (که ضمان به ثمن المسمّیٰ است) امضا نکرد اصل ضمان (به قیمت واقعی و ثمن المثل) از بین نمی‌رود و به حال خود باقی است به دلیل قانون اقدام شخص (بایع یا مشتری) بر ضمان حقیقی و یا به دلیل قانون ید که طرف بر مال طرف دیگر ید و سلطه یافته بدون اینکه مجاّناً در اختیار او گذارده باشد یا به صورت امانت به او داده باشد. ولی این حرفها در ما نحن فیه (بیع فضولی با علم مشتری به فضولیت) نیست و تضمین حقیقی درکار نیست و چنانکه مبسوطاً بیان شد تسلیط مجاّنی است و هیچکدام از دو قانون اقدام و علی الید در اینجا جاری نیست. پس قیاس مع الفارق است.

قوله: و حاصله:

اگر می‌خواهید ما نحن فیه را تشبیه کنید، به این تشبیه کنید که دو نفر با یکدیگر معامله می‌کنند ولی مشتری به جای اینکه پول را به فروشندهٔ واقعی بدهد به فرد ثالثی که می‌داند او اجنبی است و مالک نیست می‌پردازد و او را بر این پول مسلّط می‌سازد و او هم در ثمن تصرف کرده و آن را اتلاف می‌کند، که اگر مالک اصلی معامله را ردّ کرد مشتری حقّ مراجعه به شخص ثالث ندارد، در بیع فضولی هم مطلب از این قرار است.

قوله: نعم:

تبصره‌ای برای مادّهٔ نقض دوّم است و آن اینکه: دو مالک اصلی که معاملهٔ فاسد انجام می‌دهند گاهی فساد بیع آنها به خاطر این است که عوضین هر دو مالیّت دارند و قابل تملّک هم هستند ولی فاقد برخی از شروط صحّت بیع می‌باشند مثلاً مکیل یا موزون را به کیل یا وزن نفروخته است. در این فرض حکم همان است که ذکر شد که ضمانت بود. ولی گاهی فساد بیع به خاطر مالیّت نداشتن یکی از عوضین و قابل تملّک نبودنِ آن است فی المثل شخصی مقداری خمر یا خنزیر یا انسان حرّی را به دیگری می‌فروشد و مشتری هم می‌داند که اینها مالیّت ندارند و ثمن در برابر آنها واقع نمی‌شود و معذلک اقدام می‌کند و ثمن را به فروشنده تحویل می‌دهد، چنین موردی مثل ما نحن فیه است که تضمین حقیقی نیست و اگر ثمن نزد بایع تلف شد وی ضامن نیست و مشتری حقّ مراجعه به وی را ندارد. و جناب کاشف الغطاء هم در شرح قواعدش[1] بدان تصریح کرده است.

قوله: و لکن:

از آغاز فراز «**و امّا لوکان تالفاً**» تا اینجا همهٔ سعی و تلاش مرحوم شیخ بر این بود که اگر مشتری می‌دانست که بایع فضولی است و معذلک با او معامله کرد و ثمن را به او تسلیم نمود و او هم ثمن را تلف کرد، ضامن نیست و ادلهٔ ضمان (قاعدهٔ ید، قانون اقدام) اینجا را شامل نیست و ضمان حقیقی وجود ندارد، ولی از اینجا تا پایان ورق برگشته و می‌فرمایند: به حکم قانون ضمان در مقبوض به عقد فاسد که می‌گفت: «**کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده و کل عقد لا یضمن بصحیحه لا یضمن بفاسده**»، بایع فضولی ضامن است، بیان مطلب: در اینکه منظور از موضوع این قاعده یعنی کلمهٔ «**کلّ عقدٍ**»، چیست؟ چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ کلّ عقدٍ یعنی کلّ شخص عقدٍ، هر عقد شخصی که در خارج واقع می‌شود مثلاً فلان بیعی که فلان دو نفر در فلان مال در فلان ساعت و مکان انجام می‌دهند، اگر قضّیهٔ مزبور را اینگونه معنی کنیم باید کلمهٔ «**علی فرض صحّته**» را در تقدیر بگیریم و بگوییم:

---

۱. شرح قواعد خطی ورق، ۶۸.

هر شخص عقدی اگر صحیح بود یا بر فرض صحّتش ضمان آور بود حالا هم که فاسد است ضمان آور است، و علّت تقدیر مزبور آن است که: عقد شخصی که دو فرد ندارد تا بگوییم: فرد صحیح آن کذا و فرد فاسدش کذا بلکه یک فرد و شخص بیشتر نیست و لذا باید به صورت فرضی محاسبه شود،

طبق این احتمال باید گفت بیع فضولی در ما نحن فیه با بیع بلا ثمن و اجارهٔ بلا اجرت همگی در عکس قاعدهٔ مزبور داخل می‌باشند به این معنی که بیع فضولی کذائی اگر صحیح بود که ضمان آور نبود و بایع فضولی ضامن نبود حالا هم که فاسد است ضمان آور نیست، بیع بلا ثمن هم اگر صحیح بود که مشتری ضامن نبود (مبیع نزد او تلف می‌شد ضمانت نداشت) حالا هم که باطل است ضمان آور نیست، اجارهٔ بلا اجرت اگر صحیح بود ضمان آور نبود حالا هم که فاسد است ضمان آورد نیست. ولی از اساس این احتمال باطل است زیرا مشتقات ظهور در فعلیّت دارند و وقتی می‌گوییم: صحیح کذا یعنی صحیح فعلی، فاسد کذا یعنی فاسد فعلی و عقد شخصی دو فرد با لفعل ندارد، پس این احتمال مراد نیست.

۲ـ مراد صنف هر عقدی باشد یعنی هر صنفی از اصناف عقد که صحیح آن ضمان آور می‌باشد فاسدش نیز ضمان آور است مثلاً صنف عاریهٔ مضمونه که فرد صحیحِ و فاسد دارد صحیحِ آن ضمان آور است و فاسدش هم موجب ضمان است. طبق این احتمال در ما نحن فیه باید حکم به ضمان کرد زیرا صنف بیع فضولی که دو فرد دارد صحیحش (مع الاجازه) ضمان آور است فاسدش هم ضمان آور است و هکذا در بیع بدون ثمن و اجارهٔ بدون اجرت.

۳ـ مراد نوع هر عقدی باشد یعنی فلان نوع (مثلاً بیع که نوعی از عقود است، اجاره که نوع دیگر است، نکاح که نوع سوّم است و...) صحیحش ضمان آور است فاسدش نیز ضمان آور است باز اگر نوع مراد باشد کلّی است و دارای فرد صحیح و فاسد است و در ما نحن فیه که بیع فضولی باشد و اشباه و نظائر آن که بیع بلاثمن و اجازهٔ بلااجرت باشد می‌گوییم: بیع یا اجارهٔ صحیح ضمان آور است پس فاسدش هم ضمان آور است.

و سابقاً مرحوم شیخ بنا به دلائلی فرمودند: از موضوع «کلّ عقدٍ» اعمّ از صنف و نوع مراد است نه خصوص نوع و گرنه امثال صلح، عاریه و... را شامل نمی‌شد.

۴ـ مراد جنس عقد باشد که بر انواع مختلفة الماهیّة قابل صدق است یعنی از کلمهٔ کلّ عقدٍ چیزی اراده شود که عقود گوناگون به منزلهٔ افراد آن عنوان باشند مثلاً منظور این باشد که هر معاملهٔ مالیّه‌ای که مجاّنی نیست و عوض دارد که شامل بیع و اجاره و صلح معوض و هبهٔ معوّضه و... می‌شود و صحیح این‌ها ضمان دارد فاسدش هم کذلک، و متقابلاً هر معاملهٔ مالیّه یا تملیک مالی مجاّنی (که شامل هبهٔ غیر معوضه، صلح غیر معوّض، بیع فضولی در ما نحن فیه، بیع بلاثمن، اجارهٔ بلا اجرت و... می‌شود) که صحیح آن (مثلاً هبه و صلح غیر معوّض) ضمان آور نیست فاسدش هم (مثل بیع فضولی در ما نحن فیه و بیع بلا ثمن و اجارهٔ بلا اجرت) موجب ضمان نیست. که ما نحن فیه در عکس قاعده داخل می‌شود. (و به قول مرحوم سیّد: یعنی **بان یراد من العقد القدر المشترک بین مثل البیع و الهبة اذا کانا متماثلین من حیث کونهما معاملة واقعة علی المال مجاّناً فیکون المراد من العقد فی قولهم کلّ عقد... انواع اخر یکون نوعیتّها من حیثّیةٍ اخری غیر ما هو المتعارف، فالمعاملة المالیّة المجاتنّیة نوع من المعاملة یکون تحته الهبة المجانّیه و الصلح المجاّنی و البیع بلا ثمن فهی افراد لنوع واحد بهذا المعنی و ان کانت انواعاً مختلفة بحسب المتعارف و... و هکذا بالنسبة الی ماکان مع العوض فالبیع بلاثمن و الصلح المعاوضی و الهبة المعوّضه نوع واحد...**[1]

قوله: فتامّل:

اشاره به ضعف احتمال چهارم است چرا که متبا در از کلمهٔ «**کلّ عقدٍ**» عبارتست از انواع متعارفی که مشتمل بر صحیح و فاسد هستند (مثل بیع، اجاره...) نه عنوان معاملهٔ مالیّه مجاّنی یا تملیک مجاّنی که از کلمهٔ «**کلّ عقد**» به ذهن نمی‌آید.

نتیجه: طبق احتمال اوّل و احتمال چهارم در ما نحن فیه (بیع فضولی با علم مشتری به فضولیّت) بایع فضولی ضامن نیست ولی این دو احتمال باطل است و طبق احتمال دوّم و سوّم که صحیح بود در ما نحن فیه باید حکم به ضمان کرد نه عدم ضمان پس مشهور که فتوی به عدم ضمان دادند مستند و مدرک آنها خالی از اشکال نیست به حکم قانون کل عقدٍ یضمن... (مرحوم سیّد فرموده: **و لعمری انّ هذا من الغرائب فانّ القضیّة المذکورة**

---

۱. حاشیهٔ بر مکاسب، ص ۱۷۸ ـ ۱۷۷.

لیست مدلولاً لخبرٍ من الاخبار و لا مورداً للاجماع فمع فرض تمامیّة ما ذکره اوّلاً من وجه عدم الضمان لایجوز العدول عنه بسبب هذا الاطلاق... [1])

پس قضّیهٔ ضمان روی سه قاعده دور می‌زند:

۱ـ قاعدهٔ علی الید ما اخذت حتّی تودّی ۲ـ قاعدهٔ اقدام بر ضمان

۳ـ قانون کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده

و طبق محاسباتی که تا به حال شد هر سه قاعده مبتلا به اشکال است و در نتیجه شک در ضمان می‌کنیم و اصل عدم ضمان جاری می‌شود و به این دلیل حق بامشهور است مگر کسی اصل دلیل مشهور را قبول نکند که نوع محشیّن قبول نکرده‌اند و گفته‌اند: تسلیط مشتری یک تسلیط مجانّی نبوده بلکه در مقابل عوض بوده پس ضمان معاملی هست و به حکم علی الید و غیره که معامله را می‌گیرد ضامن است.

قوله: لکن اطلاق...: اشاره به احتمال دوّم و سوّم است.

قوله: الّا ان یفسّر...: اشاره به احتمال اوّل است.

قوله: نعم یمکن...: اشاره به احتمال چهارم است.

قوله: ولذا لم یصرّح:

در اینجا شواهد و مؤیّداتی ذکر می‌شود مبنی بر تأیید حکم به ضمان و تضعیف رأی مشهور:

شاهد اوّل: در باب بیع بلاثمن که شبیه ما نحن فیه است (زیرا در آنجا هم تضمینی در کار نیست و مشتری به چیزی ضامن نشده) احدی از فقهاء تصریح به عدم ضمان نکرده است. پس حکم به عدم ضمان روشن نیست. البته بعدش مرحوم شیخ عبارتی دارد که: **«مع اتفاقهم علیه هنا»**: اینجا دو نسخه وجود دارد: **الف:** عبارت بدون کلمهٔ **«هنا»** باشد و ضمیر علیه به ضمان برگردد و منظور این است که: نه تنها در بیع بلاثمن احدی تصریح به عدم ضمان نکرده بلکه اتّفاق و اجماع بر ضمان در کار است و بهتر بود بفرماید: بل اتفقّوا علیه‌ای علی الضمان و مرحوم سیّد همین را ذکر کرده [2]

ب: کلمهٔ **«هنا»** باشد که اشاره به ما نحن فیه است و ضمیر علیه به عدم ضمان بر

---

۱. آدرس قبلی.

۲. حاشیهٔ سیّد مکاسب، ص ۱۷۸.

می‌گردد یعنی در بیع بلاثمن احدی تصریح به عدم ضمان نکرده ولی در ما نحن فیه اتفّاق بر عدم ضمان است آنگاه این تعبیر نقص غرض است چون غرض تأیید و استشهاد بر ضمانت است نه عدم ضمانت و لذا این نسخه صحیح نیست مگر کسی بگوید: مراد این است که: ولو در ما نحن فیه ادعّای اجماع بر عدم ضمان شده (چنانکه قبلاً از سوی عدّه‌ای این ادّعا شده بود) ولی بدان اعتنا نمی‌شود چون بر خلاف قانونِ کلّ عقدٍ یضمن... است و به هر حال به قول مرحوم ایروانی: این جمله از نوع لُغَزْ و معّما گونه است[1]

شاهد دوّم: در باب رشوه که شبیهِ ما نحن فیه است و از قبیل ثمنی است که مشتری به فضولی می‌دهد بعضی از فقهاء تصریح کرده‌اند به این که: شخص مرتشی ضامن است.

قوله: نعم:

آری شهید اوّل و غیر شهید اوّل در باب اجارهٔ بلاثمن حکم به عدم ضمان کرده‌اند که لازمه‌اش عدم ضمان در بیع بلاثمن است (چون از یک وادی هستند) پس این که در بالا گفتیم: **مع اتّفاقِهم علیه‌ای علی الضمان** درست نیست (ضمناً این نِعَمْ استثنائی از شاهد اوّل است نه شاهد دوّم).

شاهد سوّم: اخبار و روایاتی است که می‌گوید: ثمن کلب و خمر سحت است[2] که در واقع تشبیه است یعنی مثل سحت است و سحت یعنی باطل پس ثمن اینها از نوع اکل مال به باطل است و مشمول آیهٔ «**لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل**»[3] است و از راه حرمت اکل به باطل به ضمان رسیده و می‌گوییم: لازمه‌اش ضمان است. وجه استشهاد به این اخبار: در ما نحن فیه هم قبلاً گفتیم که تصرّف فضولی در ثمن حرام است چون اکل مال به باطل است، پس لازمه‌اش ضمانت است و هوا المطلوب

قوله: و ان امکن:

ولی از این شاهد جواب داده و می‌گوییم: منظور روایات تشبیه در تحریم است یعنی ثمن

---

۱. حاشیه المکاسب، ص ۱۴۶.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲ باب ۱۴، ص ۸۳ حدیث اوّل و دوّم.
۳. سورهٔ بقره / ۱۸۸.

خمر و کلب مثل سحت است در حرمت (حکم تکلیفی) نه مثل سحت در عدم ضمان در فرض تلف (حکم وضعی) زیرا که اصل سحت یعنی خمر و کلب چنین است که اتلاف آن از سوی اجنبی حرام است و مع ذلک متلف ضامن نیست پس ثمن آنها هم مثل خود آنها است که تصرّف در آن حرام است ولی متلف و متصرّف ضامن نیست و ثمن که فرع است زائد بر مثمن که اصل است نخواهد بود.

قوله: ثمّ انّ:

در اینجا چهار فرع را بر مبنای مشهور که فتوی به عدم ضمان دادند ذکر می‌کنند و می‌فرمایند: حتیّ بر مبنای مشهور هم در اینجاها جای ضمانت است (به استثنای فرع چهارم):

فرع اوّل اگر بایع فضولی مال مردم را برای مالک اصلی می‌فروشد و مشتری هم از این امر خبر دارد و ثمن را که به فضولی می‌دهد به قصد تسلیط او بر ثمن و تصرّف او در ثمن نیست بلکه به قصد این است که: فضولی آن را به مالک اصلی برساند و واسطه در ایصال باشد در چنین فرضی اگر فضولی در ثمن تصرّف کرد حتماً ضامن است زیرا دلیل عدم ضمان، تسلیط مجاّنی بود که در این فرع منتفی است. و شاید معقد اجماع فقهاء بر عدم ضمان فرضی باشد که فضولی مال مردم را برای خودش می‌فروشد نه این فرضی که در فرع اوّل مطرح است اگر چه برخی عبارات اطلاق دارد و بیع فضولی لنفسه و لغیره را شامل است و در هر دو حکم به عدم ضمان کرده‌اند.

فرع دوّم: اگر مشتریِ اصیل با بایع فضولی معامله کردند و صرفاً عقدی انشاء شد ولی قبض و اقباضی صورت نگرفت و بدنبال آن بایع فضولی به لحاظ این که معامله‌ای صورت گرفته به خودش این حقّ و اجازه را داد که برود و ثمن را بر دارد و تلف کند و این کار را کرد باز هم ضامن است و مشتری حقّ دارد به او مراجعه کند چرا که فقط تسلیط عقدی صورت گرفته نه تسلیط خارجی و عملی پس مشتری به دست خودش بایع را بر مالش مسلّط نکرده تا ضامن نباشد، و تسلیط عقدی اگر به عقد صحیح بود بایع حقّ اخذ داشت و ضامن نبود ولی حالا که عقد فاسد است حتماً ضامن است.

فرع سوّم: اگر مشتریِ اصیل در متن عقد با بایع فضولی شرط کند که: اگر مالک اصلی معامله را ردّ کرد و مثمن را گرفت من هم به تو مراجعه کرده و ثمن را استرداد کنم

(شرط ضمن العقدی) باز بایع فضولی ضامن است و اگر تلف کرده باید از عهده بر آید و شرط مزبور چون خلاف کتاب و سنّت نیست لازم الوفا است.

فرع چهارم: تا به حال سخن از ثمن شخصی و معیّن بود حال اگر معامله روی ثمن کلّی انجام شد و بعداً مشتری فردی از افراد کلّی را در اختیار فضولی گذاشت و او را مسلّط کرد و او هم تلف کرد آیا ضامن است؟

می‌فرماید: خیر ضامن نیست و تسلیط بر فردی از کلّی مثل تسلیط بر ثمن شخصی است در اینکه با علم به فضولی بودن تسلیط مجّانی است و ضامن نیست (البتّه بر فتوای مشهور)

مسألهٔ دوّم: مسأله اوّل راجع به رجوع مشتری به بایع فضولی بود جهتِ اخذ خود ثمن یا بدل آن و مسألهٔ دوّم دربارهٔ رجوع مشتری به بایع است برای اخذ آنچه که غیر از ثمن است و از سایر خسارتها و غراماتی که به مالک اصلی پرداخته و مخارجی که متحمّل شده است، بطور کلّی غرامتهای دیگر را به سه دسته تقسیم می‌کنیم:

۱ـ خسارتهائی که در مقابل عین مثمن متحمّل شده، فی المثل مبیع در دست مشتری تلف شده و قیمت واقعی‌اش بیست دینار بوده ولی فضولی آن را به ده دینار فروخته بود و الان مالک اصلی از مشتری قیمت واقعی را دریافت می‌کند که مبلغ زائد بر اصل ثمن عبارتست از ده دینار، یا مثلاً قیمت مبیع در دست مشتری ترقّی کرد و به اوج خود رسید و بعد تلف شد و به قولی اعلی القیم از مشتری دریافت شد که چند برابر ثمنی است که وی پرداخته بود، آیا مشتری حق دارد به بایع فضولی مراجعه کرده و این زیادیها را اخذ کند یا خیر؟

۲ـ غرامتهائی که در برابر منافع مستوفات پرداخته است، فی المثل در ظرف مدّت یکماهی که از فضولی خریده و از مبیع استفاده کرده و بعداً مالک اصلی ردّ می‌کند و اجرت سکنای منزل یا رکوب دابّه یا وطی جاریه یا قیمت شیر و پشم حیوان یا قیمت میوهٔ درخت را که مشتری استفاده کرده از مشتری می‌گیرد. آیا مشتری حق دارد به فضولی مراجعه کرده و این غرامتها را بگیرد یا نه؟

۳ـ مخارجی که در این مدّت (از اوّل عقد تا لحظهٔ ردّ) مشتری متحمّل شده و از این بابت نفعی هم عائد او نشده است. فی المثل علوفهٔ حیوان یا نفقهٔ عبد وامه را پرداخته یا

مبلغی خرج عمارت و تعمیر منزل یا باغ یا ماشین کرده است، آنچه از مشتری تلف شده یا ضایع گردیده است مثلاً زمینی را خریده و نهال کاری کرده و الان مالک اصلی نهالهای او را از ریشه در آورده و به او می‌دهد و مقداری از نهالها می‌خشکد و از بین می‌رود، یا مبالغی که بابت حفره حفره و چاله و چوله شدن زمین به مالک اصلی پرداخته، یا کنیزی بوده و از مشتری صاحب فرزند شده و الان مبلغی را به عنوان قیمت فرزند می‌پردازد و یا نقصی در صفاتِ عین (صفاتی که در زیاده و نقصانِ قیمتِ عین دخیل می‌باشند) پیدا شده و یا جزئی از اجزاء عین تلف شده و مالک اصلی همهٔ اینها را از مشتری دریافت کرده آیا مشتری حق دارد به بایع فضولی مراجعه کرده و این خسارتها را از او دریافت کند یا خیر؟

(نکته: در حاشیهٔ سیّد می‌خوانیم: **یظهر منه انّ الرجوع فی کل مورد یقال به بعد الاغترام فلو اراد الرجوع علی البایع قبل ان یغرمه المالک لیس له ذلک و منه یظهر عدم جواز رجوعه علیه اذا ابرئه المالک او دفع عنه متبرّعٌ... نعم لو اخذ منه ثمّ ردّه علیه هبة او صدقة او نحو ذلک جازله الرجوع علیه وکذا لو حسبه خمساً او زکاةً او صدقة او نحو ذلک بل وکذا لو و هبه ما فی ذمّته فانّ الهبة بمعنی التملیک نوع اخذ منه و کذا او صالحه عمّا علیه بشیئٍ قلیلٍ...** [1])

مرحوم شیخ در رابطه با سه دستهٔ مزبور در دو مقام بحث می‌کنند: ۱ـ فرض علم مشتری ۲ـ فرض جهل او.

امّا مقام اوّل: اگر مشتری می‌دانست که بایع فضولی است و اقدام کرد و معامله کرد و بعداً مالک اصلی معامله را ردّ کرد و کلیّهٔ خسارتها را از او گرفت، او حقّ رجوع به بایع ندارد، چراکه هیچ دلیلی بر ضمان بایع و جواز رجوعِ مشتری به او وجود ندارد، و فرقی میان سه قسم مذکور نیست.

و امّا مقام دوّم: اگر مشتری، جاهل به فضولی بودنِ بایع بود و خیال می‌کرد فروشنده مالک واقعی است و لذا اقدام کرد و بعداً کشف خلاف شد، اینجا است که مرحرم شیخ هر کدام از سه دستهٔ مذکور را جداگانه بررسی می‌کنند:

امّا دستهٔ سوّم یا مخارجی که مشتری متحمّل شده و در قبال آنها نفعی به او عائد

---

۱. حاشیهٔ سیّد المکاسب، ص ۱۷۸.

نشده است: فتوای مشهور این است که: مشتریِ جاهل حق رجوع به بایع فضولی دارد و جناب صاحب ریاض[1] و صاحب کفایه[2] ادعّای شهرت کرده‌اند و بلکه جماعتی از فقهاء که ذیلاً نامبرده می‌شوند ادّعای اجماع کرده‌اند: فخر الدین در شرح ارشاد[3] علاّمه در تحریر[4] و محقق ثانی[5] و شهید ثانی[6] هم درکتاب ضمان فرموده‌اند: اگر مشتری در زمین چیزهائی (نهال ـ ساختمان) احداث کرد و مالک اصلی آنها را قلع و قمع کرد بدون شک بایع فضولی ضامن است و مشتری حقّ مراجعه به وی دارد. و بالجمله تا آنجا که ما خبر داریم کسی در مسأله مخالف نیست.

ادلّهٔ جواز رجوع یا دلائل ضمانت بایع فضولی:

۱ـ ادّعای شهرت بلکه ادّعای اجماعی که ذکر شد که برای عدّه‌ای آنـدو حـجّت هستند.

۲ـ قاعدهٔ غرور: (به قول مرحوم سیّد در حاشیهٔ ص ۱۷۹: از قواعِد مسلّمه قانون رجوع مغرور به غارّ است و احیاناً به پیامبر خداﷺ نسبت داده شده که فرموده‌انـد: المغرور یرجع الی من غرّه و شـهرت ضـعف سـند آن را جـبران مـی‌کند.) ایـن قـاعده می‌گوید: شخصی که مغرور شده و فریب خورده است حق دارد به شخص غارّ و فریب دهنده مراجعه کند و این کبرای کلّی بر ما نحن فیه منطبق است چـرا کـه بـایع فـضولی موجب تغریر مشتری شده و او را در خطرات ضمانت افکنده است.

قوله: و متلفٌ:

این جمله شاید عطف تفسیر جملهٔ قبل و بیان قاعدهٔ غرور باشد که ظاهر عبارت همین را می‌رساند و شاید دلیل جدائی باشد که بایع فضولی مُتلِفِ مالِ مشتری است و کـبرای کلّی این است: مَنْ اَتْلَفَ مال الغیر فهو له ضامن.

تشبیه: بایع فضولی همانند شاهد زور (کسی که به دروغ و ناحقّ شهادت می‌دهد) است که اگر علیه کسی شهادت داد و به سبب شهادت او مشهود علیه محکوم شـد و مبلغی را پرداخت، سپس شاهد آمد و اعتراف کرد که به دروغ شهادت داده و از شهادت

---

۱. ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۰۷.
۲. کفایة الاحکام، ص ۲۶۰.
۳. در اختیار ما نیست.
۴. تحریر، ج ۲، ص ۱۴۲.
۵. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۳۴۰.
۶. مسالک، ج ۴، ص ۲۰۵.

خود عدول کرد، این شاهد ضامن است و مشهود علیه مبلغی را که پرداخته است از شاهد می‌گیرد.

۳ـ قاعدهٔ نفی ضرر (لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام) بایع فضولی باعث ضرر بر مشتری شده است (بیان آن در دستهٔ دوّم از خسارات در ادامه خواهد آمد.) و به حکم قانون لا ضرر، مشتری حق دارد به بایع مراجعه کرده و خسارت را از او دریافت کند.

۴ـ منطوق یا مفهوم موافقتِ روایت جمیل: روایت در مورد مردی است که کنیزی از بازار خریداری کرده و او را مستولده ساخته و سپس مستحقّ و مالک کنیز پیدا شده و معامله را ردّ می‌کند، امام علیه‌السلام می‌فرماید: حکم آن است که: کنیز را مالکش می‌گیرد و می‌برد و آقای مُبتاع یعنی خریدار قیمت فرزندی را که آزاد است (به تبع پدرش که خودِ مشتری باشد) به صاحب جاریه می‌پردازد، سپس آقای خریدار به بایع فضولی مراجعه کرده و هم ثمن جاریه را که به او داده باز پس می‌گیرد و هم قیمت فرزند را که از مشتری گرفته شد از بایع می‌گیرد.[1]

قوله: فانّ:

وجه استدلال به این روایت: اوّلاً حریّت ولد مشتری یا نفعی است که به مشتری عود می‌کند و از منافع مستوفات است و یا نفع محسوب نمی‌شود (چون مالیّت ندارد) و در هر حال مطلوب ثابت است یعنی اگر نفع به حساب آید روایت بالمطابقه و مستقیماً به دستهٔ دوّم که خواهد آمد مربوط می‌شود و به مفهوم موافقت به درد دسته سوّم (که الان مطرح است) می‌خورد، زیرا اگر خسارتهائی که در قبال منافع مستوفات داده می‌تواند از بایع بگیرد پس خسارتهای که در قبال منافع غیر مستوفات داده به طریق اولی می‌تواند بگیرد، و اگر نفع محسوب نشود مستقیماً و به ظهور و منطوق مربوط به مسأله ما است و دلیل بر ضمان بایع است نسبت به خساراتی که مشتری متحمل شده و در قبالِ آن نفعی به او عود نکرده است.

و ثانیاً در روایت کلمهٔ قیمت ولد را به کلمهٔ الّتی اخذت منه توصیف کرده و به قول اصولییّن: تعلیق حکم بر وصف مشعر به علیّت است، یعنی علّت مراجعهٔ مشتری به بایع

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۴، ص ۵۹۲، باب ۸۸، حدیث ۵.

برای قیمت ولد، آن است که قیمت ولد از مشتری اخذ شده، و به قول حضرات: العلّة تعمّم پس می‌توان گفت: هر آنچه که از مشتری اخذ شده است او هم می‌تواند از بایع فضولی اخذ کند چه قیمت ولد باشد و چه نفقه دابّه باشد و چه تعمیر منزل و باغ باشد و... (مضافاً به اینکه در قیمت ولد خصوصیّتی نیست و از باب مثال است یا از باب مورد سؤال بودن است وگرنه العبرة بعموم الجواب لابخصوص السؤال)

(البته وجه ثانی قابل مناقشه است چراکه اِشعار به علیّت ارزش ندارد و باید نص یا ظاهر در علیّت باشد و به همین دلیل در جملهٔ وصفیّه مشهور منکر مفهوم وصف شده‌اند.)

قوله: و امّا السکوت:

در برخی از روایات راجع به رجوع مالک اصلی به مشتری صحبت شده ولی راجع به مراجعهٔ مشتری به بایع سخنی به میان نیامده است و روایات از این حیث ساکت است و ممکن است کسانی به استناد این روایات به عدم ضمانِ بایع فضولی حکم کنند، مرحوم شیخ ابتدا دو روایت را در این رابطه نقل می‌کنند و سپس پاسخ می‌دهند:

روایت اوّل روایت زراره است: مردی از بازار مسلمانان کنیزی را خریده و آن را به سرزمین خویش برده است و در آنجا کنیز از این مرد صاحب فرزندانی گردیده و پس از مدّتها شخصی پیدا شده و مدّعی است که جاریه مال او بوده و فضولی فروخته است و بر این مدّعا شاهد و بیّنه هم اقامه کرد، حکم چیست؟ امام علیه السلام فرمود: مشتری فرزندان خود را می‌گیرد و نزد خود نگهداری می‌کند و به او تعلّق دارند و جاریه را به مالک اصلی مسترد می‌دارد و عوض آن مقدار از شیر و خدمات جاریه که استفاده، کرده مبلغی را که قیمت واقعیِ این منافع است به مالک اصلی می‌پردازد.[1] (ملاحظه می‌کنید که سخن از رجوع مشتری به بایع فضولی نیست.)

روایت دوّم روایت زُرَیْق است که می‌گوید: روزی در محضر امام صادق علیه السلام بودم، ناگاه دو نفر بر حضرت وارد شدند، یکی از آندو عرضه داشت: مردی از قبیلهٔ بنیَ عمّار از من مالی طلبکار بود و بابت طلبش از من نوشته گرفته بود و شاهدان هم حضور

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۴، باب ۸۸، ص ۵۹۲، حدیث ۴.

داشتند، پس از مدّتی طلبکار به من مراجعه کرده و طلبش را وصول کرد ولی من سهل انگاری کرده و نوشته را از او پس نگرفتم، و نوشتهٔ جدیدی هم از او نگرفتم، و شهود هم اقامه نکردم، و این همه بخاطر این بود که من به او وثوق و اطمینان داشتم و فقط به زبان گفتم: نوشته‌ای را که از من نزد شما است پاره کنید و دور بریزید، او رفت و سهل انگاری کرد و نامه را پاره نکرد تا اینکه مرد، بدنبال مرگ وی ورثهٔ او مرا به محاکمه کشیده و نزد حاکم بردند و نوشته را به حاکم نشان دادند و شهود هم شهادت دادند، و من محکوم شدم و چون مبلغ بسیار زیاد بود و نمی‌توانستم بپردازم، لذا از دست حاکم متواری شدم، قاضی کوفه که وضع را بدین منوال دید معیشت (باغی که مایهٔ امرار معاش و گذران زندگی من بود) مرا فروخت و پولش را گرفت و تحویل ورثه داد. و اینک این مردی که کنار من نشسته و با هم به خدمت رسیده‌ام یکی از برادران ما است (شیعه است) که ندانسته اقدام کرده و معیشت مرا از قاضی خریده است. پس از مدّتی ورثهٔ میّت پشیمان شده و اعتراف کرده‌اند که پدر مرحوم آنها طلبش را وصول کرده بود و آنها بیخود ادّعا کرده‌اند و ورثه از این مشتری خواسته‌اند که معیشت مرا به من برگرداند و آنها هم در مقابل پولش را طیّ چند قسط معلوم بپردازند. ولی این مشتری در جواب آنها گفته: من دوست دارم به محضر امام صادق علیه السلام رسیده و از حضرتش بپرسم (و اینک من و این مشتری به خدمت شما رسیده‌ایم) آن مرد (مشتری) گفت: یابن رسول الله من چه کنم؟ امام علیه السلام فرمود: به ورثهٔ میّت مراجعه کن و پولت را بگیر و معیشت و باغ این مرد را هم به او برگردان و دست از این مال بردار، (از اینجا به بعد محلّ شاهد است) مشتری گفت: اگر من این کار را کردم (و معیشت او را به او ردّ کردم) آیا غیر از معیشت حق دارد از من مطالباتی داشته باشد؟ امام فرمود: آری آن مقدار که از محصولات باغ استفاده کردی و آنها را فروخته و پولش را گرفته‌ای و هر آنچه که در این باغ بوده در آن روزی که خریدی، همه را باید به صاحبش بر گردانی، مگر زراعتی که کاشته‌ای که یا باید صاحب زمین قیمت زراعت شما را بپردازد و یا باید صبر کند تا وقت چیدن زراعت و اگر نخواهد صبر کند اختیار دست او است آنگاه قیمت تخمین زده شده و به شما پرداخت می‌شود و زراعت به صاحب زمین تعلق می‌گیرد مالک اصلی که در آنجا حضور داشت می‌گوید: از امام پرسیدم: اگر این شخص (مشتری) در زمین من ساختمانی احداث کرده یا نهالهائی

کاشته چه می‌شود؟ امام فرمود باید قیمت آنها را به او بدهی مگر اینکه نهالها را از ریشه در آورده و به مشتری بدهی، پرسیدم اگر از اوّل در آن زمین نهالی یا بنائی وجود داشت و من آنها را احداث کرده بودم و مشتری آنها را نابود کرده حکم چیست؟ امام فرمود: یا باید آنها را به حالت اولّی برگرداند و یا قیمت آنها را به صاحب زمین بپردازد، هنگامی که مشتری تمام این منافعی راکه از زمین برده به صاحب زمین ردّکرد و نیز بنا و نهال‌ها را بر گرداند و هر آنچه در روز خریداری در زمین بوده همه را تأمین کرد متقابلاً بر صاحب زمین است آنچه از مخارج که مشتری متحمل شده و در جهت اصلاح و عمران باغ و دفع آفات و سموم از جیب خود داده همه را مالک اصلی تامین کند.[1] (تا به هیچکدام ضرری وارد نشود.) در این روایت هم سخن از مراجعه مشتری به بایع فضولی (قاضی کوفه) به میان نیامده.

قوله: و فیه:

مرحوم شیخ از این روایات چندین جواب داده‌اند:

۱ـ روایات در مقام بیان احکام مشتری و مالک اصلی است نه در مقام بیان احکام مشتری با بایع فضولی، پس به درداستفاده کردن این حکم از آن روایات نمی‌خورد.

۲ـ بر فرض که در مقام بیان حکم مشتری و بایع فضولی باشند ولی لفظی و تعبیری که در اینها نیست بلکه حدّ اکثر سکوت و عدم تعرّض است ولی ما روایاتی داشتیم که متعرّض بود و صریحاً حکم مشتری و بایع را بیان می‌کرد و آن روایت جمیل بود آنگاه از نظر فنّی دلیل ساکت با دلیل متعرّض تعارضی ندارند زیرا تعارض در موردی است که دو دلیل هر دو متعرّض باشند و یکی نافی و دیگری مثبِت باشد امّا اینکه یکی ساکت و دیگری متعرّض باشد متعارض نمی‌شوند و ناطق مقدم است

(۳ـ بر فرض در مقام بیان باشد و تعبیری هم باشد که به اطلاقش بر عدم ضمان بایع فضولی دلالت کند ولی روایت جمیل و مانند آن مقیّد است و قانون اطلاق و تقیید حکم فرما است.

۴ـ از همهٔ اینها بگذریم، دو روایت مزبور در مورد منافع مستوفات است و بحث ما

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۲ باب سوّم حدیث اوّل ص ۲۵۳

در منافع غیر مستوفات است.)

۵ـ در خصوص روایت زراره که امام علیه السلام حکم بایع را متعرض نشده برای این است که: مشتری دسترس به بایع ندارد (از بازار خریده و به وطن خود برده و فروشنده را هم اصلاً نمی‌شناسد و آدرسی هم ندارد) و لذا متعرّض نشد. و در روایت زُریق هم بایع قاضیِ کوفه است آنگاه بیع او از دو حال خارج نیست: یا از ناحیهٔ شارع منصوب است و قضاوت او به حق و صحیح و عادلانه است که پس از کشف خلاف و اعتراف ورثه و خطای قاضی، خسارتی متوجّه به او نیست چراکه وی از ناحیهٔ شارع حکم می‌کند و طبق بیّنه و نوشته که میزان شرعی است حکم کرده و موجب غرور کسی نشده تا ضامن باشد و اگر قضاوت او باطل و به ناحق بوده (چنانکه ظاهر امر همین است چون در آن زمان ائمه علیهم السلام بسط ید نداشتند و حکومت در دست بنی عباس بود و قاضی قاضیِ جور بود) باز ظاهر قضیّه این است که مشتری می‌دانسته که قضاوت قاضی کذائی باطل است (چون مشتری از شیعیان بوده و مذاق امام را می‌دانسته) و معذلک اقدام کرده و خریده پس عالماً به فساد معامله، اقدام کرده و فرض علم را اوّل بیان کردیم که حقّ رجوع ندارد. پس این روایات ساکته هم به ضرر ما تمام نشد و حق این است که مشتری جاهل حقّ رجوع به بایع فضولی دارد و مخارجی راکه متحمّل شده از وی پس می‌گیرد.

و امّا دستهٔ دوّم: غرامتهائی که مشتری به مالک اصلی پرداخته در قبال منافع و نمائاتی که عائد مشتری شده و از مبیع استیفاء کرده است، آیا حق دارد بابت این غرامات به بایع فضولی مراجعه کرده و از وی این خسارتها را اخذ کند یا نه؟ مسأله مورد اختلاف است و دو قولی است ولی قول قویتر آن است که حقّ مراجعه دارد و بزرگانی از قبیل شیخ طوسی[۱] و محقّق اوّل[۲] و علاّمه و شهید اوّل[۳] و شهید ثانی[۴] و محقق ثانی[۵] و دیگران نیز همین رأی را دارند و فاضل مقداد در تنقیح[۶] فرموده: فتوای فقهاء بر رجوع است (که بوی اجماع می‌دهد) و دلائل رجوع عبارتند از:

---

۱. به نقل مفتاح الکرامه، ج ۴، ص ۱۹۹. ۲. شرائع، ج ۲، ص ۱۴.
۳. دروس، ج ۳، ص ۱۱۵.
۴. شرح لمعه، ج ۳، ص ۲۳۸ و مسالک، ج ۳، ص ۱۶۰.
۵. جامع المقاصد، ج ۶، ص ۳۲۶. ۶. التنقیح، ج ۴، ص ۷۵.

۱ـ قاعدهٔ غرور که از قواعد مسلّم و متفقٌ علیها است در این مورد که شخصی طعام شخص دیگر را به فرد ثالث تقدیم می‌کند (مثلاً برای مهمان می‌آورد) و شخص ثالث بدون اطلاع از غصبیّت و به اعتقاد این که طعام خود میزبان است آن را می‌خورد، بعداً مالک اصلی پیدا شده و از آکل بهای طعام را می‌گیرد، در اینجا اجماع است که مهمان حق مراجعه به میزبان دارد زیرا او موجب غرور و فریب وی شده و المغرور یرجع الی من غرّه، و ما نحن فیه هم از این قبیل است که بایع فضولی موجب غرور مشتری گردیده و مشتری حق رجوع به وی را دارد.

۲ـ قانون نفی ضرر: قاعدهٔ کلّی: شخصی مغرور شده و خیال کرده حقّ دارد مجّاناً در فلان متاع تصرّف کند و آن را تلف کند ولی بعداً معلوم شد که چنین حقّی نداشته و در مال مردم را بدون اجازه تصرّف کرده و ضامن است و مالک اصلی عوض را از مغرور گرفت در اینجا اگر بگوییم مغرور حقّ ندارد به غارّ مراجعه کند قطعاً ضرر است و به حکم لاضرر وی حق مراجعه دارد. ما نحن فیه هم صغرای این کبرای کلّی است زیرا بایع فضولی موجب شده که مشتری مغرور شود و خیال کند متاع ملک خود او است و در آن تصرّف کند و بعداً کشف خلاف شود و معلوم گردد که ملک دیگری بوده و مالک اصلی تمام خسارتها را از مشتری بگیرد، اگر بگوییم: مشتری حق مراجعه به فضولی ندارد ضرر عظیم خواهد بود و به حکم لا ضرر حق مراجعه دارد.

ترجمهٔ عبارت: غرامت کشیدن و خسارت پرداختن کسی که (مشتری) بر اتلاف چیزی (مبیع) اقدام کرده آنهم اتلاف یا اقدام بدون عوض، در حالی که این متلف توسّط شخص دیگر (بایع فضولی) مغرور شده و خیال کرده که مجّاناً حق اتلاف دارد، چنین تغریمی آنهم بدون حکم به رجوع متلف به مغرور کننده ضرر عظیم است و به حکم لا ضرر وی حق جبران دارد. پس حقّ مراجعه دارد.

کلمهٔ «**من دون عوض**» متعلق به «**مَنْ اقدم**» است و کلمهٔ «**مغروراً**» حال از فاعل اقدام است و «**بانّ له**» باء سببیّت است و متعلق به مغروراً است و «**من دون الحکم**» متعلّق به تغریم است و «**ضرر عظیم**» خبر «**فانّ تغریم**» است.

قوله: و مجرّر رجوع:

اگر کسی بگوید: در ما نحن فیه ضرری به مشتریِ اصیل متوجّه نمی‌شود (تا به حکم

قانون نفی ضرر، وی حق داشته باشد به بایع فضولی مراجعه کند.) زیرا که عوض شیئی به مشتری رجوع می‌کند (چون سخن از منافع مستوفات است یعنی منفعتی که مشتری استیفا کرده است و اگر غرامت می‌کشد و اجرت و عوض این منافع را به مالک اصلی می‌دهد در عوض خود این منافع مال او است.) مرحوم شیخ می‌فرماید: صرف رجوع عوض به مشتری دافعِ ضرر نیست (به بیان فراز بعدی)

قوله: کیف کان:

به عقیدهٔ مرحوم شیخ عرفاً بر ما نحن فیه ضرر و اضرار صادق است یعنی صدق می‌کند که مشتری متضرّر شد و بایع فضولی موجب اضرار مشتری گردیده به ویژه در بعضی موارد حتماً اضرار صادق است (منظور این است که: گاهی مشتری از متاع در جهت ضروریّات معاش استفاده کرده و الان خسارت می‌دهد، قدری صدق ضرر خفی است ولی گاهی زیاده روی کرده و در جهت تفریح و تفرّج و خودنمائی و... از متاع استفاده کرده یعنی چون خیال می‌کرد این ماشین مال خودش هست، شب و روز در جهت تفریح و غیره از آن استفاده کرده که اگر می‌دانست مال خودش نیست این استفاده‌ها را نمی‌کرد، چنین چیزی حتماً ضرر بر مشتری است و باعث بر این ضرر، بایع فضولی است.) و به حکم قانون نفی ضرر مشتری حق دارد بابت منافع مستوفات هم به بایع فضولی مراجعه کند.

قوله: فما فی الریاض:

مرحوم صاحب ریاض فرموده: ما نیز قبول داریم که مشتریِ اصیل مغرور شده و بایع موجب غرور او گردیده است ولی قبول نداریم که هر مغروری حق مراجعه به غارّ داشته باشد و هیچ دلیلی بر این اطلاق نداریم بلکه می‌گوییم: خصوص مغروری که از ناحیهٔ غرور متّضرر باشد حق مراجه دارد و در مورد منافع مستوفات چنین تضرّری نیست چرا که عوض مبلغی که مشتری به مالک اصلی می‌دهد، به خود مشتری می‌رسد (منافعی که استیفا کرده) پس متضرّر نشده تا بتواند مراجعه کند.[۱]

---

۱. ریاض المسائل، ج ۲، ص ۳۰۷.

قوله: لا یخلو:

از سخن صاحب ریاض مرحوم شیخ جوابی داده و مرحوم صاحب جواهر جواب دیگری: امّا جواب شیخ: سخن صاحب ریاض خالی از اشکال نیست (یا به لحاظ اینکه اصلاً قاعدهٔ المغرور یرجع الی الغارّ مخصوص صورت تضرّر نیست و ادلّه‌اش اطلاق دارند و یا به اعتبار اینکه بر فرض اختصاص می‌گوییم: در ما نحن فیه ضرر صادق است و خصوصاً فی بعض الموارد که گفته آمد.)

و امّا جواب صاحب جواهر: قضیّهٔ ضرر در قاعدهٔ غرور دخالتی ندارد و مسألهٔ المغرور یرجع الی من غرّه ربطی به قانون نفی ضرر ندارد و مبتنی بر آن نیست تا بگوئید: اینجا ضرر صدق نمی‌کند پس جای مراجعه نیست بلکه قاعدهٔ غرور مبتنی بر اصل دیگری است و آن اینکه اگر در موردی دو شخص مطرح بود که یکی سبب و واسطه بود و دیگری فاعل مباشر و بلا واسطه بود و سبب قویتر بود، همان سبب ضامن است و در ما نحن فیه بایع فضولی که عالماً و عامداً متاع را به مشتری داده و سبب است از مشترِیِ جاهل که مباشر است قویتر است و لذا ضمان بر عهدهٔ او است [۱]

قوله: و لکنه:

جواب صاحب جواهر ناتمام است زیرا صاحب ریاض نخواست قانون غرور (المغرور یرجع الی من غرّه) را بر قانون نفی ضرر مبتنی کند تا شما بگوئید: قاعدهٔ غرور مبتنی بر قانون ضرر نیست بلکه مبتنی بر قانون سبب و مباشر است. بلکه سخن صاحب ریاض این است که: ادّلهٔ قاعدهٔ غرور عبارتست از اجماع و اخبار، و قدر متیقّن از این ادّله صورت ضرر است زیرا اجماع دلیل لبّی است و قدر متیقّنِ آن اخذ می‌شود. و اخبار هم اجمال یا اهمال دارند و قدر متیقّن از آنها صورت ضرر است، البته وقتی صورت ضرر بود طبعاً قانون نفی ضرر هم بر آن منطبق می‌شود و با قاعدهٔ غرور تصادق و انطباق پیدا می‌کنند ولی این بدان معنی نیست که قانون که قانون غرور بر قانون ضرر مبتنی باشد بلکه بر دلیل خود مبتنی است پس برداشت صاحب جواهر از کلام ریاض ناتمام است.

و امّا جریان قوت سبب نسبت به فاعل مباشر که صاحب جواهر قاعدهٔ غرور را بر

---

۱. جواهر الکلام، ج ۳۷، ص ۱۸۳.

آن مبتنی کرد: مرحوم شیخ می‌فرماید: قوّت سبب بر مباشر استقلالاً دلیلیّت ندارد و چنین نیست که هر کجا سببی و مباشری بود و سبب قویتر بود حکم به ضمان سبب شود و مباشر حقّ رجوع به سبب داشته باشد بلکه باید تفصیل داد به این صورت که: اگر قویتر بودنِ سبب بگونه‌ای باشد که عرفاً تلف مال مردم به سبب مستند باشد در اینجا از باب اینکه سبب مُتْلِف است به حکم قانونِ «مَنْ اَتْلَفَ مال الغیر فهو له ضامنٌ»، وی ضامن است و اصولاً در چنین فرضی مالک اصلی از آغاز باید به سراغ سبب برود و حق ندارد به سراغ مباشر برود چون ارادهٔ مباشر نقشی ندارد و او مثل آلت و ابزاری عمل کرده و همه کاره سبب است پس سبب ضامن است.

مثلاً اگر ظالمی شخصی را به قتل یا اتلاف مال کسی مکره سازد آنهم اکراهی که به حدّ الجاء و سلب اختیار از مکَره شود فی المثل شمشیر را به دست مکَره بدهد و سپس خودش دست مکَره را بالا ببرد و فرود بیاورد یا بادست مکَره اسلحه را بچکاند و کسی را بکشد، در اینجا مکَره نقشی ندارد و مکره ضامن است و عرف عقلاء او را قاتل و مُتْلِف می‌دانند.

یا مثلاً شخصی آتشی را بر افروخته و نزدیک خرمن دیگری گذاشته و هر لحظه احتمال می‌دهد که بادی بوزد و آتش را به سوی خرمن دیگری هدایت کند و آتشی در خرمن پیدا شود و آن را بسوزاند، اگر چنین شد باز روشن کنندهٔ آتش ضامن است اگر چه وزش باد مباشر است ولی عرف عقلاء آن شخص را مقصّر می‌دانند.

یا مثلاً روغن جامد کسی را در ظرفی که زیرش سوراخ دارد گذاشته و در مقابل آفتاب سوزان بگذارد و تابش خورشید سبب باز شدن روغن و به زمین ریخته شدنِ آن گردد باز اگر چه فاعل مباشر انرژی خورشیدی است ولی عرف و عقلاء آن شخص راکه سبب شد مقصّر دانسته و متلِف می‌شمارند. حال اگر سبب و واسطه شدن به این پایه باشد صد البته سبب ضامن است امّا نه از باب اینکه سبب بودن موضوعیّت دارد بلکه از باب اینکه عند العرف او را متعدّی و متلِف می‌شمارند و مشمول من اتلف مال الغیر است.

و امّا در مواردی که سبب به این درجه نیست و عرف نمی‌گوید: متلف حقیقی او است بلکه مباشر را مقصّر می‌شمارند که به ارادهٔ خود چنین کرده مثل ما نحن فیه که بایع

فضولی واسطه است و مال مردم را به مشتری می‌دهد و مشتری هم با اراده و اختیار خویش در آن تصرّف می‌کند و از منافعش استفاده می‌کند، در اینجا حکم به اینکه ابتدا به ساکن سبب ضامن است یا استقرار ضمان بر او است که اگر مالک اصلی از مشتری گرفت مشتری هم حق دارد از بایع بگیرد، و به صرف سبب بودن چنین حکمی بکنیم دلیل می‌طلبد و نداریم زیرا صرف قوّت سبب بر مباشر که موضوعیّت ندارد، و لذا در امثال ما نحن فیه که از مباشر سلب اختیار نشده است اگر بخواهیم حکم به ضمان سبب بکنیم (و بگوییم المغرور یرجع الی من غرّه و مباشر به سبب رجوع می‌کند) ناچاریم از اینکه به یکی از چهار دلیل ذیل مراجعه کنیم:

۱ـ قاعدهٔ ضرر: چون بایع فضولی یا سبب موجب تضرّر مشتری گردیده ضامن است.

۲ـ اجماع: بگوییم: تقدیم سبب بر مباشر در صورت قویتر بودن اجماعی است اگر چه قوّت سبب به مرتبه‌ای نرسد که تلف به او مستند شود و اختیار از مباشر سلب گردد.

۳ـ اخباری که در ابواب پراکنده وارد شده (از قبیل اخباری که در باب شاهد زور وارد شده[1] و اخباری که در تدلیس مرئه وارد شده که می‌گوید: مهریّه بر عهدهٔ تدلیس کننده است)

۴ـ غارّ (بایع یا سبب) موجب تغریم و خسارت پرداختن مغرور (مباشر یا مشتری) گردیده است و مَثَلِ غارّ مَثَلِ شاهد زور است که اگر به ناحق شهادت داد و مالی را از کسی گرفتند و بدیگری دادند و بعداً از شهادتش عدول کرد، مشهود علیه حق دارد به شاهد مراجعه کرده و مال را از او بگیرد و وی ضامن است.

خوشبختانه این وجوه اربعه در ما نحن فیه وجود دارد:

امّا وجه چهارم که پر واضح است زیرا بایع غارّ است و موجب تغریم مشتری گردیده پس مشتری حق دارد به او مراجعه کند. و امّا وجه اوّل هم قبلاً گذشت و گفتیم در ما نحن صدق ضرر حتمی است و مخصوصاً در بعضی موارد حتماً ضرر صدق می‌کند و بایع موجب اضرار شده و به حکم لا ضرر مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند. و امّا وجه دوّم و سوّم (اجماع و اخبار): اگر چه در ما نحن فیه و مسأله بیع فضولی اجماع و

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۲۳۸، باب ۱۱ و ۱۴.

اخبار نیست ولی در نظائر و اشباه ما نحن فیه هست و قانون این است که: «**حکم الامثال فیما یجوز و فیما لا یجوز سواءً**». و آن نظائر عبارتند از: باب طعامی که کسی طعام دیگری را به شخصی تعارف می‌کند و این شخص به خیال اینکه طعام ملک تعارف کننده است یا اذن در تقدیم کردن دارد، از طعام استفاده می‌کند و بعداً مالک اصلی پیدا می‌شود و قیمت طعام را از خورندهٔ طعام می‌گیرد در اینجا اجماعی است که آکل هم حق دارد به شخص تقدیم کنندهٔ طعام مراجعه کند و قیمت را از او بگیرد، ما نحن فیه هم مثل این مورد است.

یا مثلاً در باب شاهد زور اخباری داریم مبنی بر اینکه اگر از شهادتش عدول کرده مشهود علیه حق دارد به شاهد زور مراجعه کند، ما نحن فیه هم مثل این مورد است و فرقی ندارد، پس اگر مالک اصلی عوض منافع مستوفات را از مشتری اخذ کرد او نیز از بایع فضولی اخذ می‌کند.

قوله: و قد ظهر:

ما برای حکم به ضمان بایع فضولی از راه قاعدهٔ غرور پیش آمدیم و گفتیم: المغرور یرجع الی الغارّ، صاحب ریاض صغری را (اصل غرور و مغرور شدن مشتری) پذیرفت ولی در کبری مناقشه داشت و می‌فرمود چنین نیست که هر مغروری حق مراجعه به غارّ داشته باشد بلکه اگر متضرّر شد حق دارد... که قبلاً جواب دادیم ولی بعضی‌ها (صاحب جواهر ره[1]) در اصل صغری مناقشه کرده و مدّعی شده‌اند که واژهٔ غرور مفهوم مجملی دارد و اصلاً نمی‌دانیم که در ما نحن فیه (که مشتری منافعی را استیفاء کرده و عوض آن را غرامت می‌دهد) آیا مغرور بر مشتری صدق می‌کند یا نه و تا صغری محرز نشود جای کبرای کلّیِ المغرور یرجع الی الغارّ نیست و به این دلیل به عدم دلیلِ ضمان بایع حکم کرده است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اگر چه مفهوم غرور اجمال دارد ولی انصاف این است که قدر متیقّنی دارد و آن این است که انسانی در مال دیگری (که در واقع ملک غیر است) تصرّف کند و آن را اتلاف کند و بر آن ید پیدا کند امّا نه به عنوان این که مال غیر است تا

---

۱. جواهر الکلام ج، ۳۷ ص، ۱۸۳

خودش مُتلِف و مقصّر و ضامن باشد، بلکه به عنوان این که خیال می‌کرد مال خودش است یا از قبیل طعام الغیر است که خیال می‌کرد برایش مباح است و تصرّف کرد و بعد کشف خلاف شد در اینجا قطعاً شخص متصِّرف مغرور است و فریب خورده است و مصداق اکمل غرور اینجا است و صغری محرز است و کبری هم می‌آید که المغرور یرجع الی من غرّه.

قوله: مضافاً:

غیر از چهار دلیل مذکور، دلیل پنجمی هم بر ضمان بایع فضولی نسبت به منافع مستوفات و حقّ مراجعه داشتنِ مشتری به بایع بابت منافع مستوفات، ذکر شده که روایت جمیل است: مشتری جاریه‌ای از بازار مسلمین خریداری کرد و پس از مدتّی از این جاریه صاحب فرزندی شد و تازه معلوم شد که معامله فضولی بوده و مالک اصلی آن را ردّ کرد، حکم این است که مالک اصلی جاریه را از مشتری می‌گیرد، قیمت ولد را هم (الان که به تبع مشتری حرّاست ولی اگر عبد بود چقدر ارزش داشت ملاک است) اخذ می‌کند. سپس مشتری هم به بایع فضولی مراجعه کرده و ثمن جاریه را اخذ می‌کند و هر آنچه را که مالک اصلی از مشتری گرفته او نیز از بایع می‌گیرد، پس قیمت و لد را هم می‌گیرد.

کیفیّت استدلال: بحثی است که آیا حریّت و لد منفعتی است که به مشتری می‌رسد؟ یا منفعت نیست؟ از کلام محقّق در شرایع طبق تفسیر شهید ثانی در مسالک مستفاد است که حریّت و لد را منفعت محسوب کرده حال بنابر این که حریّت منفعتی باشد که به مشتری عود می‌کند و واصل می‌شود روایت دلیل بر ما نحن فیه می‌شود که آن مقدار از خسارت که مشتری بابت منافع مستوفات به مالک اصلی داده از بایع می‌گیرد و بایع ضامن است و هو المطلوب.

ولی فوراً می‌فرماید: و فیه تأمّل: استدلال به این حدیث مورد اشکال است چرا که اصلاً منفعت بودن حریّت ولد محلّ اشکال است (منفعت معمولاً قابل معامله و معاوضه است و حریّت که مال نیست تا مورد معامله واقع شود.) پس نتوان از این روایت استفاده کرد و عمده دلیل بر جواز رجوع مشتری به بایع فضولی بابت خسارت منافع مستوفات، همان چهار دلیل قبل است.

قوله: ثمّ انّ:

و امّا دستهٔ اوّل یا مخارجی که مشتری متحمل شده و به مالک اصلی داده نه در مقابل منافع غیر مستوفات یا مستوفات بلکه در مقابل خود عین یعنی زیاده‌ای که در مقابل خود عین پرداخت شده که خود دو شعبه دارد:

۱ـ گاهی این زیادی از اوّل و در وقت عقد وجود داشته، مثل اینکه فضولی متاعی را که ارزش واقعیِ آن بیست دینار بود به مشتری به ده دینار فروخت و متاع مزبور در دست مشتری تلف شد و بعداً که مالک اصلی پیدا شد و معامله را ردّ کرد شرعاً قیمت واقعی (۲۰ دینار) را از مشتری گرفت، در اینجا اگر مشتری مبلغ ثمن (۱۰ دینار) را به بایع فضولی نداده است که تسلیم لازم نیست و اگر هم پرداخته است می‌تواند خود ثمن یا بدل آن را از فضولی استرداد کند و در این بحثی نیست، انّما الکلام در مبلغ بیست دیناری است که جداگانه به مالک اصلی پرداخته است: آیا بابت کلّ این مبلغ مشتری حق دارد به بایع فضولی مراجعه کرده و از وی باز ستاند؟ یا اصلاً حق مراجعه ندارد و کلّ بیست دینار از جیب خود مشتری می‌رود؟ آیا نسبت به ده دینار از بیست دینار که به مقدار ثمن المسمّی است (در معامله‌ای که با فضولی کرده) حق مراجعه ندارد ولی نسبت به ده دینار دیگر که زیاده بر ثمن پرداخته حق مراجعه به فضولی دارد؟ از سه احتمال مذکور دو احتمال قائل دارد و در مکاسب عنوان شده:

الف: مختار شیخ اعظم احتمال اخیر یعنی تفصیل است و می‌فرماید: نسبت به عشرهٔ ثمن یعنی ده دیناری که به مقدار ثمن و معادلِ او است حقّ مراجعه به فضولی ندارد، زیرا در این مقدار فضولی مقصّر نیست و موجب غرورِ مشتری نشده بلکه خود مشتری اقدام کرده و معامله کرده و ملتزم شده که این مبلغ را بدهد و علی کلّ حالٍ آن را به عهده گرفته چه بایع در ادّعای مالکیّتش نسبت به مبیع صادق باشد و چه کاذب، منتها اگر صادق باشد باید به خود بایع بدهد و اگر کاذب باشد به مالک اصلی می‌دهد و در این مقدار غروری نیست و امّا نسبت به عشرهٔ زائد بر ثمن (که مشتری به مالک اصلی داده) خود مشتری اقدام بر ضمان نکرده و ملتزم به پرداخت آن نشده بلکه دروغگوئیِ بایع موجب غرور او گردیده است و اگر می‌دانست که متاع ملک دیگری است و قیمت واقعی‌اش بیست دینار است چه بسا اقدام نمی‌کرد و وارد معامله نمی‌شد، او به خیال

اینکه ملک بایع است و به قیمت ارزان خریداری می‌کند اقدام کرده پس نسبت به ده دینار زاید بر اصل ثمن وی مغرور است «صغری» و قانون این است که: المغرور یرجع الی من غرّه «کبری» پس مشتری هم به بایع فضولی رجوع می‌کند «نتیجه»

ب: قوله: و ممّا ذکرنا:

بعضی‌ها گفته‌اند: مشتری اصلاً حق مراجعه ندارد نه نسبت به عشرهٔ ثمن و نه عشرهٔ زاید بر ثمن و کلّ بیست دینار را از جیب خود باید بپردازد، به این دلیل که وقتی مشتری با بایع وارد معامله می‌شود بدان معنی است که من اقدام کردم بر ضمان عین که از این پس هر بلائی سر عین آمد از مال خودم تلف شود و ربطی به بایع نداشته باشد آنگاه اگر معامله صحیح باشد و عین در دست مشتری تلف شود به همان ثمن المسمّٰی ضامن است و بیش از ده دینار مدیون نیست ولی حالا که فاسد در آمده (در سایه عدم اجازهٔ مالک اصلی) قانون اینست که: «**کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده**»، منتهی ضمان مبیع فاسد به قیمت واقعی است (۲۰ دینار) مثل اینکه از خود مالک اصلی خریده باشد. پس خود مشتری اقدام بر معامله کرده و ضمانت عین را به عهده گرفته و با فرض اقدام خودش به میل و اختیار، غرور و فریب صدق نمی‌کند تا بتواند به بایع فضولی مراجعه کند (و لذا مرحوم شیخ هم فرمود: نسبت به عشرهٔ ثمن حق مراجعه ندارد چون خودش اقدام کرده است.) پس نسبت به کلّ بیست دینار حق مراجعه به بایع ندارد و خود مشتری ضامن است.

قوله: توضیح الاندفاع:

مرحوم شیخ می‌فرماید: این مسلک باطل است چرا که اوّلاً اقدام مشتری بر معامله به مقدار ده دینار بود نه بیشتر، پس نسبت به عشرهٔ زائد اقدامی نکرده: آری وقتی مالک اصلی امضا نکرد و معامله فاسد شد شارع مقدّس به گردن مشتری می‌گذارد که باید قیمت واقعی را بدهد و گرنه خود او مُقْدِمْ نیست، حال کسی باعث شد که مشتری مبلغ ۲۰ دینار را ضامن باشد؟ کذب بایع در ادّعایش موجب شد، پس بایع غارّ است و استقرار ضمان بر عهدهٔ بایع است و مشتری بابت ده دینار زاید حق دارد به فضولی مراجعه کند.

و ثانیاً طبق تحقیقی که در مقبوض به عقد فاسد داشتیم اقدام بر ضمان موضوعیّت

ندارد و موجب ضمان نیست تا بگوئید: مشتری خودش اقدام کرده و وارد معامله شده... بلکه یَدْ سبب ضمان است آنهم یدی که امانی نباشد که بایع فضولی ید پیدا کرده است. و شیخ طوسی و دیگران هم که برای قانون اقدام اصالت قائل نیستند بلکه آن را برای جواز تمسّک به قاعدهٔ ید مطرح می‌کنند یعنی یَدْ بر مال مردم مقتضِی ضمان است منتهی اگر ید مجّانی باشد ضمان آور نیست شیخ طوسی و غیره قانون اقدام بر ضمان را آورده‌اند برای اثبات اینکه یَدْ ید مجّانی نیست بلکه ید معاملی و معاوضی است پس مانعی از مراجعه و ضمانت نیست.

قوله: و کیف کان:

به عقیدهٔ ما همانطوری که نسبت به منافع مستوفات بر مشتری مغرور بودن صدق می‌کرد و اگر مالک اصلی اینها را از مشتری می‌گرفت او هم حق داشت از بایع بگیرد، هکذا نسبت به این زیادی در مقابل خود عین هم مغرور بودن صدق می‌کند و بلکه به طریق اولی صدق می‌کند پس حق دارد به بایع مراجعه کند. وجه اولویّت در حاشیهٔ سیّد چنین آمده: و لعلّ وجه کونه اولی اعتناء المشتری بتحصیل العین التی قیمتها کذا بمجرّد هذا المقدار اکثر من اعتنائه بالمنافع المحتمله للحصول و عدمه فمع ضمانه لقیمة الزیادة اولی بصدق المغروریه بالنسبة الی ضمان المنافع المحتمله للحصول عدمه فبناؤه علی کونها له لیس کبنائه علی کون الزیادة له من غیر عوض آخر فصدق المغروریة فی الثانی اولی.[۱]

۲ـ قوله: هذا اذا کانت:

مطالبی که در رابطه با زیادة العین مطرح شد که نسبت به عشرهٔ ثمن مشتری حق ندارد به بایع فضولی مراجعه کند و نسبت به عشرهٔ زاید حق رجوع دارد... مربوط به فرضی بود که زیادی قیمت از اوّل و در وقت عقد بوده یعنی همان وقتی که مشتری از فضولی متاع را به ده دینار خرید در واقع قیمت متاع بیست دینار بود. و امّا اگر زیادی بعد از عقد و در دست مشتری حادث شد یعنی وقتی خریداری کرده به قیمت واقعی و بازاری بود و واقعاً مبیع ده دینار ارزش داشت و بعداً در دست مشتری بازار ترقّی کرد و متاع تا بیست دینار بالا رفت و تلف شد و مالک اصلی قیمت یوم التلف یعنی بیست دینار را گرفت، در

---

(۱) و (۲) حاشیة السید علی المکاسب، ص ۱۸۳.

اینجا به طریق اولی مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند و مبلغ زیادی (ده دینار) را از او اخذ کند. باز وجه اولویّت در حاشیهٔ سیّد چنین آمده: لانّ المشتری لم یُقدم علی ضمان هذه الزیادة اصلاً فلو سلّم فی الصورة الاولی لا نسلّم فی هذه الصورة فهی مثل سایر الغرامات.[1]

قوله: هذا کلّه:

تا به حال سخن در این بود که اگر کلّ عین در دست مشتری تلف شد و مالک اصلی قیمت واقعی را گرفت آیا مشتری حق دارد به بایع رجوع کرده و عشرهٔ زاید را بگیرد یا نه؟ دو قول بود که روشن شد و نیز دو فرض بود (زیاده از زمان عقد بوده یا بعداً حادث شده) ولی حالا سخن در تلف جزء عین است: اگر جزء عین در دست مشتری تلف شد حکمش چیست؟ مثلاً مشتری صد من گندم از بایع فضولی خریده بود و ده من از مجموع صد من در نزد مشتری تلف شده بود و مالک اصلی آمد و معامله را ردّ کرد حکم این است که نود منِ باقیمانده را از مشتری می‌گیرد و مشتری هم اگر ثمن المسمّای این مبلغ را به فضولی داده از او می‌گیرد و بابتِ ده منِ تالف قیمت واقعی را می‌گیرد یعنی فرض کنید فضولی این صد من را به صد دینار فروخته بود که ده من ده دینار می‌شود ولی قیمت واقعیِ ده من بیست دینار بوده و مالک اصلی بیست دینار را از مشتری گرفت حکم تلف جزء حکم تلف کلّ است یعنی بر مسلک ما نسبت به عشرهٔ زائد مشتری حق دارد به بایع مراجعه کند و از او بگیرد چون او مغرورش کرده و بنابر قول دوّم در تلف عین، مشتری حق مراجعه به بایع ندارد. پس حکم تلف جزء مثل حکم تلف کلّ است.

قوله: و امّا ما یغرمه:

حکم تلف خود عین یا تلف جزء آن در دست مشتری معلوم شد و امّا حکم تلف وصف: اگر وصفی از اوصاف عین نزد مشتری تلف شد و مالک اصلی معامله را ردّ کرد و عین را گرفت حکم چیست؟ وصف تالف دو گونه است:

۱ـ از اوصافی است که ثمن بر آنها تقسیط و توزیع می‌شود یعنی حصّه‌ای از ثمن در مقابل آنها قرار می‌گیرد، و آن منحصر در وصف صحّت است که اگر متاع صحیح و سالم باشد مثلاً صد دینار ارزش دارد ولی اگر معیوب باشد مثلاً نود دینار ارزش دارد که ده دینار در مقابل وصف صحّت است. مرحوم شیخ این بخش را متعرّض نمی‌شوند ولی

ظاهراً وصف صحّت به منزلهٔ جزء است و هر حکمی که در جزء تالف گفتیم در این وصف تالف هم می‌آید.

۲ـ از اوصافی است که ثمن بر آنها تقسیم نمی‌شود و بخشی از ثمن در مقابل آنها نیست بلکه کلّ ثمن در مقابل خود عین است: این دسته خود دو شعبه دارند:

۱ـ یا وصفی است که در زیادی و نقصان قیمت دخالتی ندارد که وضعش روشن است یعنی نه مالک حق مطالبه از مشتری دارد و نه مشتری از بایع.

۲ـ و یا وصفی است که در کم و زیاد شدن قیمتِ عین دخیل است مثل وصف کتابت و خیاطت و هنرمندی برای عبد که از اوصاف کمال است و اگر این وصف باشد بر ارزش خود عبد افزوده می‌شود و اگر نباشد از قیمت عبد کاسته می‌شود، حال اگر چنین وصفی نزد مشتری تلف شد یعنی عبد نزد مشتری کتابت را فراموش کرد و مالک اصلی تفاوت را از مشتری گرفت او نیز حق دارد این مبلغ را از بایع فضولی بگیرد، چرا که مشتری نسبت به چنین وصفی اقدام بر ضمان نکرده تا ضامن باشد و حق مراجعه نداشته باشد.

قوله: ثم انّ:

تا به حال فروض گوناگونی مطرح شد و حکم هر فرضی روشن شد که در چه مواردی مشتری حق مراجعه به بایع دارد و در چه مواردی چنین حقّی ندارد؟ نسبت به خسارت منافع غیر مستوفات و نسبت به مقدار زاید ثمن و جزء تالف و وصف تالف حق مراجعه داشت ولی نسبت به مقدار ثمن حق مراجعه نداشت.

حال می‌گوییم: تمام این فروض در صورتی بود که معاملهٔ فضولی جامع جمیع اجزاء و شرایط بوده و از هیچ جهتی کاستی نداشته مگر از ناحیهٔ فضولی بودن بایع و عدم اجازهٔ مالک که موجب فساد بیع می‌شد، حال اگر معاملهٔ مزبور از ناحیهٔ دیگری هم فساد و باطل بود مثلاً شرطی از شروط صیغه یا متعاقدین یا عوضین را نداشت و معامله باطل بود و مبیع که مقبوض به عقد فاسد است در دست مشتری تلف شد و مالک اصلی از او قیمت واقعی را گرفت مشتری حق ندارد به بایع مراجعه کرده و قیمت واقعی را از او بگیرد نه نسبت به عشرهٔ ثمن و نه عشرهٔ زائد بر ثمن، زیرا که خساراتی که مشتری متحمّل می‌شود مربوط به بایع نیست و از ناحیهٔ تغریر و ادعّای کذب او نیامده تا به حکم **«المغرور یرجع الی الغآر»** مشتری حق مراجعه به او داشته باشد بلکه این غرامتها از ناحیه

فساد بیع وارد شده و قانون این است که: «**کل عقد یضمن بصحیحه یضمن بفاسده**» و ضمان در عقد فاسد به قیمت واقعی است و همه را باید مشتری بدهد و لا فرق میان صدق بایع در ادّعایش یا کذب او، بلکه چه در ادّعای مالکیّت صادق باشد و چه کاذب در هر حال مشتری مقبوض به عقد فاسد را ضامن است آری اگر صادق باشد مغروم له خود بایع است و اگر کاذب باشد مغروم له مالک اصلی است و حکم چنین بیع فاسدی حکم مقدار ثمن است در صورت فساد بیع از ناحیهٔ فضولی بودن که مقدار ثمن از جیب مشتری می‌رود و حق مراجعه به بایع ندارد.

قوله: ثم انّه:

مقدّمه: از آنجا که هر یک از بایع فضولی و مشتریِ اصیل بر مال مالک اصلی یَدْ پیدا کرده‌اند و هر کدام مشمولِ قانونِ «**علی الید ما اخذت حتّی تؤدّی**» گشته‌اند مالک اصلی مخیّر است به هر یک از اندو مراجعه کرده و بدل مالش و سایر غرامتها را از او بگیرد و در این جهت تردیدی نیست با حفظ این مقدّمه می‌گوییم:

تا به حال روشن شد که در چه مواردی مشتری حقّ رجوع به بایع دارد (غرامتِ منافع غیر مستوفات و مستوفات و زیاده بر ثمن و هر آنچه که بایع فضولی موجب غرور گردیده است.) و در چه اموری حقّ مراجعه ندارد (نسبت به مقدار ثمن که خود مشتری اقدام بر ضمان کرده و بدان ملتزم شده است.) حال قاعدهٔ کلّی این است که: نسبت به هر آنچه از خسارتها که اگر مالک اصلی به مشتری مراجعه می‌کرد و از او دریافت می‌نمود مشتری هم حق داشت به بایع فضولی مراجعه کرده و از او بگیرد (به حکم المغرور یرجع الی من غرّه) اگر در رابطه با این نوع از خسارتها مالک اصلی مستقیماً به بایع مراجعه کرد (به حکم تخییری که در مقدّمهٔ این فراز ذکر شد.) و از او غرامت دریافت کرد، بایع حق ندارد به مشتری مراجعه کند و از او عوض غرامتها را دریافت کند زیرا فرض این است که اگر هم مالک به مشتری رجوع می‌کرد او به بایع مراجعه می‌کرد و استقرار ضمان بر عهدهٔ بایع بود، پس معنی ندارد که بایع به مشتری رجوع کند.

و امّا نسبت به خسارتهائی که اگر مالک اصلی از مشتری می‌گرفت، وی حقّ رجوع به بایع نداشت (مقدار ثمن) چنانچه در این رابطه مالک اصلی به بایع مراجعه کرد و از وی دریافت کرد، او نیز حق دارد به مشتری مراجعه کرده و مقدار ثمن را از مشتری اخذ

کند، زیرا نسبت به این مقدار خود مشتری اقدام کرده و راضی شده و متاع هم در دست او تلف شده و علی القاعده استقرار ضمان بر همان کسی است که مبیع نزد او تلف شده است مگر ید سابق غارّ باشد که علی الفرض نسبت به مقدار ثمن غروری نیست.

قوله: فان قلت:

مستشکل می‌گوید: مگر نه اینست که هر یک از بایع و مشتری بطور مساوی بر این مال یَدْ و سلطه پیدا کرده‌اند و دست هر کدام به مبیع اصابت کرده و حتی دست بایع جلوتر از یَدِ مشتری به مال رسیده و لا اقّل در عرض هم و به طور مساوی هر دو یَدْ پیدا کرده‌اند؟ و مگر نه اینست که هر دو مشمول قانون علی الید گردیده‌اند و هر دو شرعاً ضامن شده‌اند؟ با این حساب چرا می‌گوئید: نسبت به مقدار ثمن اگر مالک اصلی از بایع گرفت او هم حق دارد به مشتری رجوع کند؟ خود بایع هم ضامن بوده و مالک از او گرفته، دیگر به چه مجوّزی بایع حق مراجعه به مشتری دارد؟

قوله: و حصول:

مستشکل می‌گوید: اگر در جواب ما بگوئید: چون متاع در دست مشتری تلف شده به این دلیل اگر مالک به بایع رجوع کرد بایع هم حق رجوع به مشتری دارد. خواهیم گفت: صرف اینکه مبیع در دست مشتری تلف شده که سبب رجوع بایع به مشتری نیست. آری اگر مشتری عمداً مبیع را تلف کرده و مُتْلِف است بایع حق دارد به او مراجعه کند، چون او با اتلافش سبب تنجز ضمان بر بایع شد و تا اتلاف نیامده بود ضمان تعلیقی بود یعنی اگر تلف می‌شد بایع ضامن بود ولی با اتلاف، ضمان تنجیزی و حتمی و فعلی شد پس در واقع این مشتری است که سبب غرامت کشیدن بایع و اتلاف مقدار ثمن از مال بایع گردیده و به حکم قانون: «**من اتلف مال الغیر فهوله ضامن**» بایع از عهده بر آید. امّا اگر تلف قهری بوده و مشتری تقصیری نداشته چرا بایع حق رجوع به مشتری داشته باشد؟

قوله: قلت:

مرحوم شیخ در جواب اشکال می‌فرماید: لازم است ابتدا تحلیلی از کیفیّت اشتغال ذمّه در ما نحن فیه و امثال آن داشته باشیم سپس به جواب اشکال بپردازیم:

گاهی یک نفر بر مال کسی یَدْ پیدا کرده و در دست او تلف شده که یک یَدْ و یک مال بیشتر نیست اینجا حکم روشن است یعنی همان ذوالید مشغول الذّمه می‌شود و باید

از عهده بر آید و به دیگران مربوط نیست.

وگاهی یک نفر بر چند مال ید پیداکرده که یک یَدْ و چند متاع است و همهٔ آنها نزد وی تلف شده باز مطلب واضح است که تمام این اموال تالفه را همان یک نفر ضامن است.

وگاهی چندید و چند مال است که هر یدی بر مالی واقع شده و دست او تلف شده باز هر یَدیِ باید از عهدهٔ همان مال بر آید و مشکلی نیست.

انّما الکلام در موردی است که یک متاع است و چند یَدْ بر آن پیدا شده که این نیز دو شعبه دارد: گاهی به صورت عرض هم مجموع چند نفر بر مال یَدْ و سلطه پیدا کرده‌اند در اینجا هر کدام جزء سبب می‌باشند و مجموع باید از عهدهٔ بدل بر آیند و هر کدام به نسبت یَدْ سهمی دارد. وگاهی به نحو طولی است که مورد بحث ما است یعنی مال مردم ابتدا بدست بایع فضولی افتاده و پس از مدّتی از بایع به مشتری منتقل شده است (حدّاقّل دو یَدْ در طول هم بر این مال پیدا شده و ای چه بسا مشتریِ هم به مشتریِ دیگر منتقل کرده و اَیْدِیِ متعدّدی به ترتیب بر مالِ واحد پیدا شده که حکم اینها هم روشن می‌شود.) در اینجا اگر بگوییم: تنها ید سابق ضامن است ترجیح بلا مرجّح است و اگر بگوییم: تنها ید لا حق ضامن است باز ترجیح بلا مرجح است (هر دو ید پیدا کرده‌اند و هر دو بطور مساوی ضامن می‌باشند) ناگزیر باید بگوییم: هر دو ضامن هستند امّا نه به این معنی که مالک اصلی حق دارد هم از ید سابق عوض را دریافت کند و هم از یَدِ لا حق، زیرا مال واحد عوض واحد دارد و با گرفتن غرامت از یکی از آندو جای خالی مال تالف پر شد و مال تالف تدارک و جبران شد و قانون این است که: **«المتدارک لا یتدارک»** یعنی چیزی که تدارک شد دوباره معنی ندارد که همان چیز تدارک شود، پس با گرفتن غرامت از یکی از آندو، دیگری نسبت به مالک اشتغال ذمّه ندارد، زیرا به عنوان بدلیّت که تأمین شده و از دیگری گرفته و به عنوان دیگر هم که از کسی طلبی ندارد. پس منظور این است که: هر دو ضامن هستند ولی نه **علی التعیین** که از شخص هرکدام بگیرد، بلکه **علی البدل و لا علی التعیین** یعنی مالک اصلی مخیّر است از هر کدام که مایل بود بدل بگیرد و با اخذ بدل از یکی غرض حاصل شده و حق مراجعه به دیگری ندارد.

قوله: و یمکن:

آیا مواردی داریم که ضمان تخییری باشد تا ما نحن فیه هم نظیر آنها و یکی از آنها باشد؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: آری ما نحن فیه نظایری دارد و در مجموع چهار نظیر برای آن می‌آورند:

۱ـ شخصی از دیگری طلبکار است و مدیون نمی‌تواند دَیْنش را بپردازد یا چک بلا محلّ کشیده و نتوانسته سر موعد بپردازد و زندانی شده و شخص ثالثی می‌آید از مدیون ضمانت می‌کند این ضمان مالی است مثلاً می‌گوید: اگر تا یکماه دیگر دَیْنش را نداد من ضامن می‌شوم که بپردازم در اینجا بر مسلک امامیّه حقیقت ضمان عبارتست از: «نَـقْلُ ذِمَّةٍ الی ذمّةٍ اخری» یعنی ذمّه و عهده‌ای به ذمّهٔ دیگر منتقل شد و تا به حـال مـدیون مشغول الذمّه بود ولی از حالا به بعد ضامن مشغول الذمّه است و طلبکار حق مراجعه به مدیون ندارد و فقط می‌تواند از ضامن مطالبهٔ دَین کند. ولی بر مسلک جمهور عامّه و اهل سنت ضمان عبارتست از: «ضَمُّ ذِمَّةٍ الی ذمّةٍ اخری» یعنی ذمّه‌ای به ذمّهٔ دیگر ضمیمه شد و تا به حال فقط ذمّه مدیون مشغول به مال بود ولی از حالا ذمّه ضامن هـم بـر آن افزوده شد و مشغول گردید. حال بر این مسلک طلبکار حق دارد هم از ضامن طلبش را وصول کند و هم از مدیون یا مضمون عنه یعنی مخیّر است از هر کدام که خواست مطالبه کند. پس مورد مذکور بر مبنای اهل سنّت از مصادیقِ ضمان تخییری است.

۲ ـ چه بر مبنای امامیّه و چه عامّه در باب معاملات اگر مشتری به بایع اطمینان ندارد و می‌ترسد از اینکه مبیع مال دیگری باشد و در دست مشتری تلف شد وی ضامن باشد و... . شخص ثالث از جانب بایع ضمانت می‌کند و می‌گوید: هر خسارتی پیش آمد من جبران می‌کنم، در اینجا اگر بعداً معلوم شد که مال دیگری بوده و مـالک اصـلی آن را استرداد کرد یا عوض تلف را گرفت و... مشتری حق دارد به هر کدام از بایع و مشتری مراجعه کند امّا به بایع: چون معامله کرده و ضمان معاملی دارد و امّا به ضـامن: چـون ضمانت کرده و به حکم قانون ضمان باید از عهده بر آید. یا اگر بایع به مشتری اعتماد ندارد و فرد ثالثی از طرف مشتری تضمین می‌کند باز بایع حق دارد به هر یک از مشتری یا ضامن مراجعه کند یا اگر از هر دو طرف اطمینان نیست و از هر طرف ضمانتی شده هر کدام حق دارد به دیگری یا ضامن مراجعه کند. این هم مثال دیگری از ضمان تخییری.

۳ـ ضمان اعیان مضمونه: برخی از اعیان اگر به دست دیگری بیافتد خود به خود و شرعاً موجب ضمان است مثل عاریهٔ مضمونه (مثلاً عاریهٔ نقدین یعنی درهم و دینار) که شخص مستعیر نسبت به این مال مورد عاریه ضامن است ولی مُعیِر و عاریه دهنده به او اطمینان ندارد و ضامن می‌طلبد و شخص ثالثی از طرف مستعیر همان اعیان مضمونه را ضمانت می‌کند که اگر مستعیر آنها پس نیاورد ضامن از عهده برآید، باز در اینجا مُعیر حق دارد به مستعیر مراجعه کند (چون عاریهٔ مضمونه موجب اشتغال ذمّهٔ او گردیده) یا به ضامن مراجعه کند (به حکم ادلّهٔ باب ضمان) پس باز هم نمونه‌ای از ضمان تخییری پیدا شد.

۴ـ ضمانت دو نفر برای یک نفر: شخصی می‌خواهد از فلان مؤسّسه وام بگیرد آنها دو ضامن معتبر می‌خواهند و دو نفر هر کدام استقلالاً و نسبت به تمام مبلغ وام ضمانت می‌کنند باز در اینجا اگر مدیون سر وقت وامش را نپرداخت و تأخیر کرد آن مؤسّسه می‌تواند به هر یک از دو ضامن مراجعه کرده و مبلغ مزبور را از او دریافت کند. اینهم نمونه‌ای از ضمان تخییری که شبیه واجبات کفائی است که بر همه واجب است و اگر همه ترک کردند همه معاقب هستند ولی اگر یکی انجام داد از عهدهٔ دیگران ساقط است. و شبیه مالی که غاصبی از غاصب دیگر غصب می‌کند که مالک اصلی مختار است هم به غاصب اوّل مراجعه کند و هم به غاصب دوّم. حال که چهار نمونه از ضمان تخییری پیدا شد می‌گوییم: ما نحن فیه هم مورد پنجم باشد که مالک اصلی مختار است به هر یک از بایع فضولی و مشتری اصیل مراجعه کند و بدل مالِ تالف را بگیرد تا اینجا وضع مالک اصلی با ایادی متعدّد بررسی شد.

قوله: و امّا حال:

و امّا وضع خود ایادی متعدّد که به ترتیب و در طول هم بر مال سلطنت پیدا کرده‌اند: قانون این است که: اگر مالک اصلی به ید لا حق (یدی که مال نزد او تلف شده) مراجعه کرد و بدل را از او گرفت، وی حق ندارد به ید سابق مراجعه کند مگر در مواردی که ید سابق غارّ باشد و موجب غرور وی گردد که به حکم «**المغرور یرجع الی الغارّ**» حق دارد به وی مراجعه کند (و مبسوطاً موارد غرور بیان شد.) و اگر مالک اصلی مستقیماً به ید سابق مراجعه کرد و از او خسارت گرفت باز نسبت به مواردی که ید سابق غارّ است حق ندارد

به یَدِ لا حق مراجعه کند زیرا اگر مالک اصلی به لا حق هم مراجعه می‌کرد وی به سابق رجوع می‌کرد و قرار ضمان بر سابق بود حالا که ابتدائاً به سابق مراجعه کرده معنی ندارد که او هم به لا حق مراجعه کند. **انّما الکلام** در موردی است که مالک از سابق گرفته و سابق نسبت به آن مورد غارّ نیست و مقصّر نیست (مقدار ثمن در مورد بحث ما) در اینجا اشکال شد که به چه دلیل اگر مالک از بایع گرفت او هم حق رجوع به مشتری داشته باشد؟

قوله: فنقول:

در حقیقت جواب **اِنْ قلت** از اینجا شروع می‌شود: و مرحوم شیخ جوابی دارد و مرحوم صاحب جواهر جواب دیگری دارد که مورد قبول مرحوم شیخ نیست.

امّا جواب مرحوم شیخ فرض این است که ابتدا بایعِ فضولی بر مبیع یَدْ و سلطنت پیدا کرد و به مجرّد یَدْ پیدا کردن به حکم اطلاق «**علی الید ما اَخَذَتْ**» وی ضامن شد بدین معنی که اگر تلف شد باید از عهده بر آید و ضمانت بایع معیّناً نسبت به خود عین است که اگر تلف شد بدل عین را باید به مالک اصلی بدهد. و سپس در اثر معامله مشتری هم بر مبیع یَدْ پیدا کرد و به حکم عمومِ «**علی الید ما اخذت حتی تؤدّی**» او نیز ضامن شد امّا متاعی را که دارای بدل است و قبلاً اشتغال ذمّه به بدلش پیدا شده وی ضامن شد.

حال احتمال اینکه مشتری هم معیّناً خود مبدل و عین را ضامن باشد و اگر نزد وی تلف شد و مالک اصلی به او مراجعه کرد باید از عهده بر اید ولی نسبت به بدل عین ضمانتی نداشته باشد و اگر مالک از بایع گرفت او حق مراجعه به مشتری نداشته باشد، دلیلی بر تعیین این احتمال نیست.

و نیز احتمال اینکه مشتری فقط نسبت به بدل عین ضامن باشد و اگر مالک از بایع بدل را گرفت بایع هم حق مراجعه به مشتری داشته باشد ولی مالک اصلی مستقیماً حق مراجعه به مشتری نداشته باشد، اینهم باطل است و «**علی الید ما اخذت مالک**» را مختار و مخیّر می‌سازد.

احتمال اینکه مشتری هم ضامنِ مُبدل باشد و هم بدل به این نحو که بدلی را به مالک اصلی بدهد و بدلی را به بایع بدهد، اینهم باطل است و او یک ضمان بیشتر ندارد.

پس احتمال چهارم معیّن می‌شود که مشتری هر یک از مبدل و بدل را به نحو تخییر

و علی البدل ضامن است یا بدل مبدل را باید بدهد اگر مالک اصلی به او مراجعه کرد و یا بدلِ بدل را بدهد اگر مالک به بایع و بایع به مشتری مراجعه کرد. ضمناً تا مالک اصلی به بایع مراجعه نکرده و بدل را از او دریافت نکرده او نیز حق ندارد به مشتری مراجعه کرده و بدل را از مشتری بگیرد زیرا وجهی که مشتری می‌پردازد به عنوان بدل و تدارک است که جای خالی مال را در ملک بایع پر کند و تا جای مال خالی نشده نوبت به تدارک نمی‌رسد. و به عنوان معاوضه نیست تا بایع حق مطالبهٔ عوض داشته باشد. نظیر باب ضمانت که به صرف این که شخصی ضامن شده و دین کسی را به عهده گرفته است که حق ندارد از مضمون عنه مبلغ دین را مطالبه کند آری پس از اینکه ضامن از عهده بر آمده و وام را به مضمون له داد آنگاه حق دارد بدل مال مضمون را از مضمون عنه بگیرد.

قوله: و الحاصل:

مشتری که مال نزد او تلف شده ضامن است امّا نه معیّناً برای مالک و نه برای ید سابق بلکه به طور مخیّر برای یکی از آندو ضامن است یا باید عین مال را تدارک کند و بدل مبدل را به مالک بدهد (اگر مالک به او مراجعه کرد) یا باید تدارک و بدل را تدارک کند و بدلِ بدل را به بایع بدهد (اگر مالک به بایع مراجعه کرده و او به مشتری مراجعه کرد.) و چنین ضمانتی در حقیقت از نوع ضمانت یک شخص (مشتری) نسبت به دو چیز (مُبْدَلْ و بدل) برای دو شخص (مالک اصلی و ید سابق) به نحو تخییر و علی البدل، شبیهِ ضمانت دو یا چند نفر (ایادی متعدّد) نسبت به یک مال برای یک شخص که این نیز علی البدل است (تشبیه معکوس) و در رابطه با مالک و ایادی گوناگون مطرح بود.

قوله: و ربّما یقال:

جواب مرحوم شیخ این شد که هر کدام از یَدِ سابق و لا حق هر دو ضامن و مشغول الذمّه هستند و از این جهت مالک اصلی حقّ دارد به هر کدام مراجعه کند. ولی جواب صاحب جواهر این است که: اشتغال ذمّهٔ چند نفر نسبت به یک مال معقول نیست و اگر هم معقول باشد دلیل ندارد و لذا نتوان گفت: هم بایع و هم مشتری در ما نحن فیه هر دو ضامن و مشغول الذمّه هستند، از طرفی هم نتوان گفت: هیچکدام ضامن نیستند، بناچار باید یکی از آندو ضامن باشند و آن یکی همان است که مال نزد او تلف شده (یعنی آقای مشتری در ما نحن فیه) زیرا تا مال تلف نشده ضمانت منجّز نداریم بلکه یک وجوب اداء

تکلیفی نسبت به خود عین در کار است و ضمانت تعلیقی و اگری است و فعلی نشده است و وقتی تلف شد فعلی می‌شود پس مشتری (مَنْ تلف عنده) ضامن و مشغول الذمّه است و خطابش به وجوب اداءِ بدل یک خطاب ذمّی است و از باب این است که مشغول الذمّه شده باید از عهده بر آید، البته به صرف اینکه یک زمانی بایع فضولی مال را غصب کرد و بر آن یَدْ پیدا کرد شرعاً مالک اصلی می‌تواند او را هم به اداء بدل ملزم سازد منتهی خطاب ید سابق به اداء بدل یک خطاب صد در صد شرعی و تکلیفی است و نه وضعی و ذمّی و وقتی بایع بدل را پرداخت در حقیقت یک معاوضهٔ قهری صورت گرفته (معاوضه‌ای که قصد و انشاء در آن معتبر نیست) و گویا مالک اصلی ما فی ذمّةِ المشتری را به بایع فضولی به عوض معیّن مبادله کرد و از این پس بایع مالکِ ما فی ذمّةِ المشتری می‌شود و حقّ دارد از مشتری آن مبلغ را مطالبه کند (هر طلبکاری حقّ دارد از بدهکار طلبش را مطالبه و وصول کند).

قوله: و انت خبیر:

مرحوم شیخ مسلک صاحب جواهر را قبول ندارند و در مجموع پنج جواب می‌دهند:

جواب اوّل: اینکه فرمودید: خطاب ید سابق (بایع) به وجوب اداء یک خطاب شرعی (تکلیفی) است و خطاب ید لا حق (مشتری) خطاب ذمّی (وضعی) است. ما قبول نداریم زیرا دو خطاب جدا که نداریم، ظاهر و باطن یک خطاب بیشتر نیست و آن خطاب «**علی الید ما اخذت حتی تؤدّی**» است که به طور مساوی هر یک از بایع و مشتری را می‌گیرد و یک خطاب یک ماهیّت دارد یا فقط ذمّی و وضعی است نسبت به هر دو، و یا فقط شرعی و تکلیفی است و معقول نیست که خطاب واحد دو لسان و دلالت داشته باشد و نسبت به بعض یَدْهٰا ذمّی و نسبت به بعض دیگر شرعی باشد.

جواب دوّم: قوله: مع انّه:

اصولاً ما فرق میان خطاب شرعی و ذمّی را نفهمیدیم، و اینکه ایشان خطاب را دو صنف و دو دسته کرد ما قبول نداریم، به عقیدهٔ ما (طبق مسلکی که در اصول داریم که احکام وضعیّه خطاب مستقلّی ندارند و مجعول به جعل جداگانه‌ای نیستند بلکه از خطاب تکلیفی انتزاع می‌شوند و مجعول بالتبع هستند.) همهٔ خطابات شرعی از نوع خطاب تکلیفی است و مستقیماً مفاد آنها حکم تکلیفی است و از جمله خطاب علی الید هم بر

وجوب اداء ما فی الذمّه دلالت دارد و این وجوب به طور مساوی در حقّ سابق و لا حق ثابت است و از وجوب اداء یک حکم وضعی یا ضمانت انتزاع می‌شود. نه اینکه دو سنخ خطاب در کار باشد.

جواب سوّم: قوله: مع انّه:

تا آنجا که ما خبر داریم احدی از فقهاء مخالفت نکرده و همه اجماع دارند بر اینکه صاحبان ید همگی (سابق ـ متوسّط ـ لا حق) مشغول الذمّه هستند و همگی ضامن هستند و تا زمانی که یکی از آنها از عهده بر نیامده یا مالک اصلی آنها را بریئی الذمّه نکرده همگان ضامن می‌باشند و سخن جواهر که تنها ید لا حق را ضامن می‌دانست بر خلاف اجماع است.

قوله: نظیر:

اشتغال ذمّه‌ای که در ما نحن فیه وجود دارد نظیر اشتغال ذمّه در سایر موارد است و تمام احکامی که مدیون در موارد دیگر دارد در ما نحن فیه هم هر یک از یَدْهَا دارند، و آن احکام عبارتست از: اگر مدیون و مشغول الذمّه به میل و رغبت دین خود را داد فهو المطلوب وگرنه بالاجبار از او می‌گیرند و اگر باز هم سماجت کرد و نداد حاکم شرع از اموال او برداشته و به طلبکار می‌دهد، و اگر مدیون مُرد و از دنیا رفت مقدار دین از اصل ترکه خارج می‌شود و بر وصایا و میراث مقدّم است. و اگر مدیون دین مستغرق دارد و بدهکاری‌اش بیش از اموال او است این طلبکار با دیگران در اموال او سهیم است و مال به نسبت میان آنها تقسیم می‌شود و طلبکار حق دارد مبلغی را که در ذمّه بدهکار مالک است با دیگری مصالحه نماید و... تمام این احکام در مانحن فیه نسبت به هر یک از ید سابق ولاحق وجود دارد و مالک اصلی می‌تواند با بایع این کارها را بکند یا با مشتری، پس هر دو ضامن و مشغول الذّمه هستند.

جواب چهارم: قوله: مع انّ:

شما فرمودید: این که مالک اصلی حق دارد بایع را ملزم به پرداخت بدل نماید نوعی معاوضه قهری است ما می‌گوییم: معاوضه یا اختیاری است که با قصد و انشاء انجام می‌گیرد و در ما نحن فیه این نوع از معاوضهٔ قطعاً نیست، و یا معاوضهٔ قهری است که در شرع مقدس موارد خاصّی دارد و ما دلیل نداریم بر این که ما نحن فیه از آن موارد باشد و

معاوضهٔ قهری باشد و مالک اصلی با اخذ بدل از بایع، ما فی ذمّة المشتری را به بایع تملیک کند و او تملّک نماید، بلکه به مجرّد اخذ بدل از بایع، حقّ مالک ساقط می‌شود چون جای خالی مالش پر شد و «**المتدارک لایتدارک**»، و بایع هم حقّ مراجعه به مشتری دارد به بیانی که ما داشتیم که مشتری را ضامن هر یک از بدل و مبدل علی التخییر دانستیم.

جواب پنجم: قوله: مع انّ:

اگر فرض کنیم که سه یا چندید بر مال پیدا شده طبق مبنای شما که فقط ید اخیر ضامن است اگر مالک اصلی به ید اوّل مراجعه کرد و از او عوض را گرفت و معاوضه قهری انجام شد لازمه‌اش آن است که ید اوّل مراجعه به یَدِ اخیر داشته باشد و از او عوض را مطالبه کند و حق مراجعه به ید دوّم و سوّم (ایادی وسطی) نداشته باشد؛ در حالی که اجماع قائم است بر این که: ید اوّل حقّ دارد به ید دوّم مراجعه کند و اگر دست دوّمی هم تلف نشده او نیز حق دارد به ید سوّم مراجعه کند تا برسد به کسی که متاع نزد او تلف شده است که قرار ضمان بر عهدهٔ او است و این با مبنای ما می‌سازد که همهٔ یَدْها ضامن هستند نه با مبنای صاحب جواهر.

قوله: هذا کلّه:

تا به حال از اوّل مسأله هر چه مطرح شد در رابطه با حکم تلف عین در نزد مشتری بود، ضمناً حکم فرض بقاء عین هم در اوائل مسأله روشن شد که تا عین مال باقی است نوبت به بدل نمی‌رسد و مالک اصلی فقط حق دارد عین مالش را مطالبه کند، امّا مطلب تکمیلی آن است که: مالک اصلی مخیّر است که عین مال را از مشتری (**مَنْ عنده المال**) مطالبه کند (**به حکم الناس مسلطّون علی اموالهم و از شئوون سلطنت** آن است که: هر کجا مال‌اش را بیابد می‌تواند آن را بگیرد.) و یا از بایع فضولی (**مَنْ جَرَتْ یَدُه علی المال**) مطالبه کند و بایع وظیفه دارد از مشتری گرفته و به مالک تحویل دهد و اگر بایع نتوانست عین را از مشتری بگیرد(در سایهٔ عدم دسترسی به مشتری یا عدم قدرت بر اخذ از او یا تغذّر خود عین و دسترسی نداشتن به عین به سبب گم شدن و...) موقّتاً باید بدل عین را در اختیار مالک برای استفاده کردن بگذارد (بدل حیلوله) ولی حقّ استرداد عینی برای خود مالک محفوظ است و اگر استرداد کرد باید حتماً بدل حیلوله را به بایع مستردّ دارد. ولی به

صرف این که مالک خودش قدرت بر استرداد عین دارد و می‌تواند با مراجعه به مشتری عین را از او باز پس گیرد، باعث نمی‌شود که مسئولّیت از بایع سلب شود و مالک سلطنت بر مطالبه از اوّلی نداشته باشد بلکه می‌تواند خود به مشتری مراجعه کند و مالش را بگیرد و می‌تواند بایع را ملزم به اخذ عین و تسلیم آن به مالک بنماید، زیرا بایع هم نسبت به عین ضامن است و باید از عهده بر آید و هر طوری شده آن را تحصیل کرده و به مالک ردّ کند حتّی اگر نیاز به بذل مخارجی باشد (خرج سفر و کرایهٔ استرداد و...) که باید این‌ها را بپردازد (مقدمّهٔ واجب واجب است).

قوله: نعم:

سؤال: حالا که خود مالک هم توانِ استرداد عین را دارد آیا می‌تواند از بایع فضولی مؤنه و مخارج استرداد را مطالبه کند و بگوید: تو خرج سفر مرا بده تا خودم بروم و متاع را بگیریم؟ خیر حقّ مطالبه ندارد و بایع خود می‌تواند اقدام کند و اگر مشتری خواست خودش برود باید مخارج رفت و برگشت و استرداد عین را خود متحمّل شود.

قوله: و لو لم یقدر:

فرض قبلی این بود که هم مالک و هم بایع هر کدام قدرتِ استرداد داشتند و گفتیم اگر خود مالک مباشرتاً اقدام کرد حقّ مطالبه اجرت ندارد، ولی حالا اگر بایع قدرت بر استرداد عین ندارد و تنها مالک اصلی قدرت دارد و برای استرداد و از بایع مطالبهٔ اجرت می‌کند آیا بذل مؤنه و مخارج استرداد بر بایع واجب است یا نه؟ سه وجه وجود دارد:

۱ـ خیر، بذل واجب نیست زیرا به مجرّد عجز بایع از استرداد، در حقّ وی صدق می‌کند که ردّ عین برای او متعذّر است و قانون تعذّر عین آن است که: بدل حیلوله را باید بپردازد و بیش از این بایع مسئولیّتی ندارد.

۲ـ بذل عوض واجب است به این دلیل که مقدّمهٔ واجب است.

۳ـ تفصیل و تفریق میان اجرت متعارف و معمولی و اجرت بیش از حدّ و افراطی که اگر به مقدار اجرت متعارف است باید بپرازد و اگر زیادی است و در حقّ بایع اجحاف و ظلم و تعدّی صورت می‌گیرد پرداخت زیادی واجب نیست.

قوله: هذا کلّه:

مطالبی که در فرض بقاء عین آوردیم تماماً مربوط به صورتی بود که عین نزد مشتری

باقی است و هیچ تغییری پیدا نکرده حالا اگر عین متغیّر شده باشد خود این فرض صور گوناگونی دارد (از قبیل: تغییر یا به نقیصه است یا به زیاده تغییر به زیادة یا متصّل است مثل چاقی گوسفند و یا منفصل است، گاهی تغییر به مزج عین با مال مشتری است که آن هم یا به جنس اعلی واجود است و یا ادنی وارده و پست‌تر است و یا به مساوی، و گاهی تغییر به اینست که متاع را رنگ کرده و تعمیر نموده و...) مرحوم شیخ مـی‌فرماید: ایـن مباحث باکتاب غصب مناسبتر است و لذا از طرح این صور در باب بیع فضولی صرفنظر می‌کنیم، اگر چه کثیری از فر و عاتی هم که تا به حال عنوان کردیم به درد کتاب الغصب بیشتر می‌خورد ولی به اندک مناسبتی بهانه پیدا کرده و فرصت را مغتنم شمرده و در اثر اهمّیّت، آنها را در ما نحن فیه مطرح کردیم.

مسألهٔ بیع مملوک و غیر مملوک یا بیع ما یَمْلِکْ و ما لا یَمْلک

به طور کلّی گاهی بایع صد در صد فضولی است و مال مردم را می‌فروشد. و گاهی صد در صد مالک است و تمام مبیع ملک خود او است و مال خود را می‌فروشد. و گـاهی نسبت به بعضی مبیع مالک است و نسبت به بعضی فضولی است یعنی مال خود را با مال دیگری ضمیمه کرده و مجموع را به قیمت معیّنی می‌فروشد. آن چه از آغاز بیع فضولی تا به حال مطرح بود فرض اوّل بود که بایع فقط مال دیگری را مورد معامله قرار می‌داد و احکام این بخش مبسوطاً بیان شد. و فرض دوّم هم که فـقط مـال خـودش را بـفروشد حکمش روشن است. و فعلاً کلام در فرض سوّم است: اگر شخصی مال دیگری را با مال خودش (و یا مال موکّل و موّلی علیه که از ناحیهٔ آنان مأذون است.) ضمیمه کـرد و بـه معاملهٔ واحد فروخت، مثلاً عبد خودش را با عبد دیگری، کّلِ مال مورد شرکت را بدون اذن شریک بدیگری فروخت، کتاب خود را با کتاب دیگری به شخص ثالث فروخت و... که نسبت به بخشی از مبیع مالک است و نسبت به بعضی فضولی است. چنین معامله‌ای چه حکمی دارد؟ آیا کّلاً باطل است؟ یا کّلاً صحیح است؟ یا نسبت به مقداری که ملک خود او است صحیح و نسبت به غیر مملوک باطل است؟ مرحوم شیخ مسأله را مـبتنی می‌کنند بر اقوال و مبانی در بیع فضولی: بر مبنای قائلین به بطلان بیع فضولی بـه نـظر مرحوم شیخ حکم مسألهٔ ما حکم مسأله‌ای است که در پایان بیع فضولی خواهد آمد و آن عبارتست از: بیع **ما یُمْلَکْ و ما لا یُمْلَک** یا بیع **ما یقبل الملک و ما لا یقبل الملک** یعنی بیع چیزی که شرعاً قابل تملّک است و مالیّت دارد (مثل سرکه یا گوسفند) به ضمیمهٔ چیزی که شرعاً قابل تملّک نیست (مثل شراب یا خنزیر) و حکم آن مسأله عبارتست از اینکه: معامله نسبت به مقداری که مالیّت دارد صحیح است و نسبت به مقدار دیگر باطل است و دلیل مطلب اجماع است و ما نحن فیه هم بلا خلافٍ مثل آن باب است پس نسبت به مملوک صحیح است و نسبت به غیر مملوک باطل است.

قوله: مضافاً:

علاوه بر اینکه ما نحن فیه مثل باب مذکور است و همان حکم را دارد، دلیل خاص هم داریم مبنی بر بطلان معامله نسبت به غیر مملوک و صحّت آن نسبت به مملوک و آن خبر

صحیحهٔ صفّار است که قبلاً در ضمن ادّلهٔ بطلان بیع فضولی آوردیم که امام علیه السلام می‌فرمود: **لا یَجوُزُ بیعُ ما لا یَمْلِکْ و قد وجب الشراء فیما یَمْلِکْ**[۱] یعنی بیع چیزی که انسان مالکِ آن نیست جایز و نافذ نیست (این فراز دلیل بر بطلان بیع فضولی است) ولی نسبت به آنچه که انسان مالکِ او است خریدن و معامله واجب (ثابت یا لازم) است (این فراز دلیل بر صحّت در ما نحن فیه است).

قوله: و لما ذکرنا:

به خاطر همین اجماع و نص خاص است که شیخ طوسی[۲] و ابن زهرة[۳] و ابن ادریس حلّی[۴] و دیگران با اینکه بیع فضولی را باطل می‌دانند، در ما نحن فیه حکم به صحّت کرده‌اند.

قوله: نعم:

علی القاعده حکم به صحّت نسبت به ما یَمْلِک در ما نحن فیه مخدوش است زیرا که مقصود طرفین خرید و فروش مجموع دو مال من حیث المجموع بود نه قسمتی از آن و نسبت به مجموع، معامله صحیح نیست (**فما قُصد لم یقع**) و نسبت به ما یَمْلِک هم که استقلالاً مقصود طرفین نیست (و ما وقع لم یقصد) و عقود هم تابع قصود است. پس با این حساب باید حکم به بطلان کلّ بیع مذکور شود و نظیر این اشکال در بیع ما یُمْلَک و ما لا یُمْلَکْ (خمر و خَل) خواهد آمد. ولی به خاطر اجماع و نص خاص حکم به جواز و صحّت می‌کنیم.

قوله: و امّا علی القول:

تا به حال بر فرض بطلان بیع فضولی مسأله را بررسی می‌کردیم و امّا بنابر قول به صحّت بیع فضولی (که رأی مشهور همین بود) و توقّف آن بر اجازهٔ مالک: از دو حال خارج نیست:

---

۱. مسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۵۲، باب دوّم حدیث اوّل.
۲. مبسوط، ج ۲، ص ۱۴۵.
۳. غنیة، ص ۲۰۹ و ۲۳۰.
۴. سرائر الاحکام، ج ۲، ص ۲۷۵.

۱ـ یا مالک اصلی هم نسبت به ملک خودش معامله را امضا می‌کند در این صورت بدون کمترین تردیدی معامله صحیح است و ثمن المسمّی به نسبت سهام میان بـایع و مالک اصلی تقسیم می‌شود.

۲ـ و یا مالک اصلی معامله را ردّ کند، باز هم نسبت به مملوکِ بایع معامله صحیح است (و ثمن المسمّی به نسبت سهام میان بایع و مشتری تقسیط می‌گردد.) زیرا اوّلاً این فرض پائین تراز فرض قول به بطلان بیع فضولی که نیست و در فرض بطلان هم گفتیم معامله نسبت به ماٰ یَمْلِکْ صحیح است، پس در ما نحن فیه که از اوّل قائل به بطلان نشدیم و موقوف بر اجازه کردیم و بالعرض و در سایهٔ ردّ مالک معامله نسبت به غیر مـملوک باطل شد، نسبت به مملوک به طریق اولی صحیح است.

ثانیاً مرحوم شیخ می‌فرماید: ما نحن فیه نظیر موردی است که بایع خیال می‌کرد و معتقد بود که هر دو متاع ملک او است و لذا هر دو را با هم فروخت و بعد معلوم شد که قسمتی از مبیع ملک او نبوده و حکم این صورت آنست که نسـبت بـه مـقدار مـملوک معامله صحیح است.

قوله غایة الامر:

بر فرض ردّ مالک اصلی، معامله نسبت به مقدار مملوک باطل نمی‌شود، حد اکثر اینست که برای مشتری حق الخیار تبعّض صفقه پیدا می‌شود و اگر نخواست معامله را کلّاً فسخ می‌کند (چون گاهی کلّ مبیع مقصود مشتری است و بعض یا نـصف بـه حـال او مـفید نیست.) آنهم در فرضی که مشتری جاهل بود و نمی‌دانست که بایع فضولی است و مال خود را با مال دیگری ضمیمه کرده و می‌فروشد ولی اگر عالم بود و اقدام کرد به اجماع فقهاء امامیّه حق الخیار هم ندارد. این ادّعای اجماع را علّامه در تذکره فرموده است[1].

قوله: بل:

نه تنها مشتری حق الخیار دارد بلکه شیخ طوسی درکتاب خلاف فرموده: اقوی آنست که بایع هم حق الخیار دارد[2] ولی سیّد بن زهره در غنیه[3] جزماً فرموده: بـایع حـق الخـیار ندارد و صحیحهٔ صفّارهم مؤیّد همین قول است (که بایع خیار ندارد.) چون فرمود: و قد

۱. تذکره الفقهاء، ج ۱، ص ۵۶۶.
۲. خلاف، ج ۳، ص ۱۴۶.
۳. غنیه، ص ۲۳۰.

وجب الشراء فیما یملک یعنی در آن بخشی که فروشنده مالک بود معامله واجب و لازم شد پس حقّ فسخ ندارد. (البته اینکه فراز مزبور را مؤیّد قرار داد نه دلیل برای آن است که: در کلمهٔ وَجَبَ دو احتمال وجود دارد: یکی اینکه به معنای لغویِ کلمه باشد اَیْ ثَبَتَ منظور این باشد که در قسمت مملوک معامله ثابت است و باطل نیست ولی منافاتی با جواز تزلزل و خیاری بودن ندارد. و احتمال دیگر اینکه وَجَبَ به معنای لَزِمَ باشد یعنی معامله در این بخش لازم است و قابل فسخ نیست).

قوله: و ربّما:

ظاهر سخن شیخ طوسی باکلام ابن زهرة تنافی دارد زیرا شیخ برای بایع خیار را ثابت کرد و ابن زهره آن را نفی کرد، حال در این فراز درصدد وجه الجمع و رفع تنافی هستیم: کلام شیخ بر یکی از دو فرض حمل شده:

۱ـ فرض جهل: یعنی موردی را می‌گوید که خود بایع جاهل به فضولیت بوده و خیال می‌کرد هر دو مال ملک خود او است و بعد کشف خلاف شد بایع هم مقصّر نیست و حق الخیار دارد (ای چه بسا کلِّ ثمن مقصود بایع است و بعض آن به حال بایع فایده ندارد).

۲ـ فرض ادّعای اذن: یعنی می‌داند که یکی از دو مال ملک او نیست و ملک دیگری است ولی ادّعا دارد که از طرف مالک اصلی وکیل بوده و اذن داشته و حالا مالک اصلی منکر اذن و توکیل است و معامله را ردّ می‌کند، باز بایع مقصّر نیست و حقّ الخیار دارد و کلام ابن زهره بر فرض علم بایع حمل شده یعنی بایع می‌دانست که یکی از این دو متاع ملک او نیست و معذلک اقدام کرد پس او حقّ الخیار ندارد، پس منافاتی میان اثبات و نفی در کلام شیخ و سیّد بن زهره نیست.

قوله: ثُم انّ:

تا به حال اصل مسأله روشن شد که نسبت به **ماٰ یَمْلِکُهُ البایع** معامله صحیح است و لو مالک اصلی نسبت به مال خودش معامله را ردّ کند. حال می‌گوییم: در برخی از کلمات این حکم به صحّت قیدی هم دارد که بجا است و آن اینکه: حکم به صحّت در صورتی است که از عدم اجازهٔ مالک اصلی محذور دیگری پیش نیاید و تالی فاسدی پیدا شود و معامله از جهت دیگر باطل نباشد و گرنه جای حکم به صحت حتّی نسبت به مملوک

نیست. و مواردی که تالی فاسد دیگری پیدا شود فراوان است که دو مورد را می‌آورند:

۱ـ عدم اجازهٔ مالک اصلی مستلزم ربا نباشد و معامله در مقدار مملوک ربوی نشود و گرنه لزوم ربا مانع شرعی است و معامله را نسبت به ماٰ یَمْلِکُ هم باطل می‌کند. مثلاً شخصی سه درهم خود را با سه دینار دیگری به یکدیگر ضمیمه کرد و به پنج دینار و پنج درهم فروخت، اگر بعداً مالک سه دینار معامله را اجازه کرد در اینجا برای فرار از ربا می‌گوییم: پنج دینار در مقابل سه درهم و پنج درهم در قبال سه دینار واقع می‌شود و تفاضل اشکالی ندارد چون همجنس به هم جنس نیست ولی اگر مالک اصلی معامله را ردّ کرد و سه دینار خود را گرفت، حکم به صحّت معامله نسبت به سه درهم مستلزم ربا است که سه درهم در برابر پنج درهم و یا حتی مقداری هم زیادی از دنانیر قرار گرفته و این تفاضل در متجانسین است که ربا است و باطل است. شبیه این مثال با توضیحات بیشتر و دفع اشکالات در بعض حواشی آمده[1].

۲ـ می‌دانیم که بیع عبد آبق (فراری) به تنهائی و بدون ضمیمه جایز نیست چون قدرت بر تسلیم ندارد آری با ضمیمه صحیح است حال اگر بایع عبد فراریِ خود را با عبد دیگری ضمیمه کرد و فروخت چنانچه مالک اصلی اجازه کرد معامله صحیح است ولی اگر ردّ کرد مبیع منحصر به عبد آبق می‌شود و در جای خود در شروط عوضین خواهد آمد که بیع عبد آبق صحیح نیست.

قوله: ثم انّ البیع:

اصل مسأله عبارت بود از بیع مملوک و غیر مملوک یا ما یملک و ما لا یملک و حکم مسأله هم این بود که: نسبت به مملوک معامله صحیح است و نسبت به غیر مملوک موقوف به اجازهٔ مالکِ آن بخش است اگر اجازه کرد در آن بخش هم صحیح است و اگر ردّ کرد در آن بخش باطل می‌شود آنگاه حصّه‌ای از ثمن المسمّی به ملک بایع در می‌آید و سهمی از آن به ملک مشتری بر می‌گردد. و مهمّ اینست که: راه شناخت این دو سهم چیست؟ چگونه می‌توانیم بفهمیم که سهم بایع از ثمن مثلاً $\frac{1}{3}$ یا $\frac{1}{2}$ و... است؟ و سهم مشتری $\frac{2}{3}$ یا $\frac{1}{2}$ و... باقیمانده است؟

---

۱. حاشیه سیّد بر مکاسب، ص ۱۸۸، و ارشاد الطالب، ج ۲، ص ۴۹۸ و ۴۹۹.

مرحوم شیخ در دو مقام بحث می‌کنند: مقام اوّل در غیر مثلیّات یعنی در اجناس قیمی است. و مقام دوّم در مورد مثلیّات است. در مقام اوّل در مجموع برای معرفت سهم عادلانه هر کدام از ثمن سه روش را مورد بررسی قرار می‌دهند.

طریق اوّل که مختار خود شیخ اعظم می‌باشد عبارتست از اینکه: نخست هر یک از مملوک و غیر مملوک را جدا جدا قیمت کرده و قیمت واقعِی هر کدام را بدست می‌آوریم، سپس دو قیمت واقعی را با یکدیگر جمع می‌کنیم سپس قیمت هر کدام را با مجموع و حاصل جمع دو قیمت می‌سنجیم و نسبت هر کدام به مجموع بدست می‌آید سپس به همین نسبت از ثمن المسمّی را از بایع گرفته و به مشتری بر می‌گردانیم یا مشتری خود مراجعه کرده و از بایع استرداد می‌کند و اگر هنوز ثمن را تسلیم نکرده این مقدار را تسلیم نمی‌کند. مثال: بایع کتاب کفایهٔ خود را با مکاسب دیگری به هم به نهصد تومان فروخت و بعداً مالکِ مکاسب نسبت به کتاب خویش معامله را ردّ کرد، ابتدا هر کدام را جدا قیمت می‌کنیم، فرض کنید کفایه به تنهائی پانصد تومان ارزش دارد و مکاسب هم هزار تومان، حاصل جمع دو قیمت هزار و پانصد تومان است و مقدار مملوک یعنی کفایه نسبتش به قیمت مجموع $\frac{1}{3}$ می‌باشد آنگاه ثُلث ثمن (نهصد تومان) که سیصد تومان می‌شود به بایع تعلّق می‌گیرد و دو ثلث آن که ششصد تومان باشد به مشتری بر می‌گردد.

یا مثال دیگر که ابن ادریس در سرائر آورده[1] و شیخ اعظم هم می‌پسندد: بایع، مملوک و غیر مملوک را به سه دینار فروخته سپس نسبت به غیر مملوک معامله ردّ شد (البته فرقی ندارد اگر اجازه کند سهم به مالک اصلی می‌رسد و اگر ردّ کند به مشتری عودت داده می‌شود.) نخست هر یک را قیمت می‌کنیم فرض کنید قیمت واقعیِ مملوک یک قیراط است ($\frac{1}{20}$ مثقال طلا) و قیمت غیر مملوک دو قیراط است و جمع اینها سه قیراط می‌شود و نسبت مملوک به این مجموع ثلث است پس یک سوّم ثمن را (یک دینار) به بایع می‌دهیم و نسبت غیر مملوک دو ثلث است پس دو دینار از سه دینار ثمن را هم به مشتری می‌دهیم. سپس شیخ اعظم می‌فرماید: علامّه هم در کتاب ارشاد به همین شیوه تصریح کرده آنجا که فرموده: و یقّسط المسمّی علی القیمتین[2] یعنی ثمن المسمّی بر

---

۱. سرائر ج ۲، ص ۲۷۶.
۲. ارشاد، ج ۱ ص ۳۶۰.

مجموع دو قیمت واقعی توزیع می‌شود و به نسبت از ثمن به بایع و مشتری داده می‌شود.

قوله: و لعلّه:

طریق دوّم که مختار جماعتی از قبیل محقّق اوّل در شرایع[1] و علامّه در قواعد[2] و شهید در لمعه[3] می‌باشد این است که: ابتدا مملوک و غیر مملوک را من حیث المجموع و به هیئت اجتماعیّه و اتّصالیّه (نه جدا جدا) و روی هم رفته قیمت می‌کنیم و وقتی قیمت مجموع را به دست آوردیم آنگاه یکی از آن دو را جداگانه قیمت می‌کنیم و سپس نسبت آن را به قیمت مجموع به دست می‌آوریم و به همان نسبت از ثمن المسمّٰی نزد بایع می‌ماند و ملک او می‌گردد و ما بقی به مشتری عودت داده می‌شود (در ادامه مثالهای مختلفی برای این روش خواهد آمد).

مرحوم شیخ اوّل می‌فرماید: شاید منظور این جماعت هم از طریق مذکور، همان طریقهٔ ما باشد و شاهد ما تفسیری است که محقّق ثانی از عبارت علامّه در ارشاد دارد که فرموده: منظور علامّه نیز همین است[4] در حالی که ملاحظه کردیم که منظور علامّه طریق اوّل بود، بنابر این دو طریق مذکور یکی است و تنها اختلاف در تعبیر دارند.

قوله: ولکن:

گر چه در فراز قبلی گفتیم: شاید مراد اینها هم همان طریق اوّل باشد ولکن انصاف این است که تطبیق این طریق بر طریق اوّل مشکل است چرا که این جماعت اوّل فرموده‌اند: یقوّمان جمیعاً یعنی مملوک و غیر مملوک را جمیعاً قیمت می‌کنیم و این عبارت دو احتمال است: ۱ـ منظور از جمیعاً این باشد که دو جنس را مجموعاً و روی هم رفته قیمت می‌کنیم ۲ـ منظور از جمیعاً این باشد که بدون استثناء هر یک از آن دو را قیمت می‌کنیم که طبق این احتمال با طریق اوّل دمساز است. ولی این احتمال مبتلا به اشکال است چرا که به دنبالش فرموده‌اند **ثمّ یقوّم احد هما...** یعنی پس از تقویم هر دو، یکی از آن دو جدا قیمت می‌شود، و اگر منظور از فراز اوّل این بود که هر کدام جدا جدا قیمت می‌شوند، نیازی به فراز دوّم نبود و این فراز تکراری بود. پس نتیجه می‌گیریم که منظور این جماعت طریق دیگری است و آن این که: ابتدا هر دو را به هیئت اجتماعیّه و منضّم به یکدیگر

---

۱. شرایع ج ۲ ص ۱۵.
۲. قواعد ج ۱ ص ۱۲۵.
۳. اللمعة الد مشقیه ج ۳ ص ۱۱۰.
۴. حاشیه المقاصد ج ۴ ص ۷۸

قیمت می‌کنیم سپس یکی از آن دو را استقلالاً و جداگانه قیمت می‌کنیم سپس نسبت قیمت یکی را به مجموع ملاحظه کرده و به همان نسبت ثمن المسمّی را تقسیط می‌نمائیم.

قوله: و من هنا:

این فراز شاهد دیگری است بر این که منظور جماعت مزبور طریق دوّم است و آن اینکه: بر همین اساس که منظور آنان طریق جدائی است، محقّق ثانی [1] و جماعتی به پیروی از ایشان درصدد اشکال بر آمده و فرموده‌اند: این ضابطهٔ دوّم مادّهٔ نقض دارد و کلیّت ندارد و به اطلاق آن اعتراض داریم در بسیاری از موارد هئیت اجتماعیة در فزونی قیمت دخیل نیست و دو نوع مال را (مملوک و غیر مملوک) چه جدا جدا قیمت کنیم و چه روی همرفته قیمت کنیم توفیری ندارد مثل عبد وامه، کتاب مکاسب و کفایه، این ماشین و آن ماشین، این منزل و آن منزل و... در اینجاها ثمره‌ای ظاهر نمی‌شود و هر یک از طریق اوّل و دوّم را برویم نتیجه یکسان است پس می‌توانیم از طریق دوّم برویم.

ولی در برخی از موارد هئیت اجتماعیّه در ازدیاد قیمت دخیل است و اینجا است که طریق دوّم مبتلا به اشکال است مثلاً دو لنگهٔ درب منزل با هم و من حیث المجموع که مکمّل یکدیگر هستند قیمت بالائی دارند ولی یک لنگه به تنهائی قیمت نازلی دارد و هکذا دو لنگ کفش و هر آنچه که بصورت زوج و جفت و دو تا با هم یا سه تا با هم مکمّل هم هستند و از ارزش بیشتری برخوردار هستند. در اینگونه موارد طریق ما عادلانه است ولی طریق دوّم ظالمانه است، بیان مطلب:

فرض کنید شخصی دو لنگهٔ درب را که یکی ملک خود او است و دیگری مال شخص دیگر است به پنج هراز تومان به شخص ثالث فروخت و مالکِ لنگهٔ دیگر معامله را ردّ کرد و باید مقداری از ثمن به مشتری بر گردانده شود، و فرض کنید که قیمت مجموع دو لنگه در با هم ده هزار تومان است ولی قیمت هر کدام جداگانه دو هزار تومان است. در اینجا طبق طریقهٔ ما اوّل هر کدام را جدا قیمت می‌کنیم که دو هزار تومان است سپس جمع می‌کنیم (۴ هزار تومان) سپس نسبت قیمت یکی را با مجموع می‌سنجیم ($\frac{1}{2}$)

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۷۸.

و به همین نسبت از ثمن به مشتری بر می‌گردد (۲۵۰۰ تومان) و این عادلانه است. ولی طبق طریقهٔ دوّم، اوّل مجموع را روی هم قیمت می‌کنیم (ده هزار تومان) سپس یکی را جدا قیمت می‌کنیم (دو هزار تومان) سپس نسبت سنجی می‌کنیم ($\frac{1}{5}$) و به همین نسبت از ثمن به مشتری بر می‌گردد یعنی هزار تومان، و باقیمانده یعنی چهار هزار تومان مالِ بایع می‌شود و این ظلم به مشتری است. پس طریق دوّم مادّه نقض دارد.

قوله: و لکن:

این فراز استدراک از اشکال مذکور می‌باشد و مجدّداً مرحوم شیخ در صدد توجیه طریق دوّم بر آمده و دو توجیه برای آن ذکر می‌کنند:

۱ـ یا همین ظاهر تعبیر را گرفته و می‌گوییم: منظورشان این است که: اوّل مجموع را منضّم به یکدیگر قیمت می‌کنیم سپس یکی را جداگانه و... و در صدد توجیه می‌گوییم: کلام این جماعت حمل بر غالب می‌شود یعنی در صدد بیان ضابطهٔ کلّی نیستند بلکه حکم غالب افراد را بیان می‌کنند که غالباً هیئت اجتماعیّه نقشی در افزایش قیمت یا نقصان آن ندارد و در نتیجه فرقی میان طریقین نیست. و موارد نادری هم که نقش دارد (از قبیل مثالی که در ضمن اشکال آوردیم) به حکم «النا در کالمعدوم» مورد اعتنای اینان نیست. پس نقض مذکور بر اینان وارد نیست.

۲ـ و یا منظورشان از: یقوّمان جمیعاً همان طریق ما است بدون استثناء هر یک از دو مال جدا جدا قیمت می‌شود و این که دوباره فرموده‌اند: **ثّم یقوّم احد هما**، منظور این نیست که: دوباره یکی را جدا قیمت می‌کنند تا اشکال شود که تکراری است بلکه منظورشان این است که: وقتی هر کدام را ابتدا قیمت کردند و آن دو را جمع کردند، سپس قیمت یکی را با حاصل جمع ملاحظه کرده و می‌سنجد. اگر مرادشان این باشد که همان طریقهٔ اوّل بود، بیان آنها ضابطه‌ای و قانونی بوده و حکم صد در صد موارد را بیان می‌کنند و نقضی هم وارد نیست.

قوله: والّا:

اگر از دو توجیه مذکور صرفنظر کنیم باید بگوییم: نه تنها اشکال مذکور و مادّهٔ نقض مذکور (که سخن از مدخلیّت هیئت اجتماعیّه در از دیاد قیمت بود) وارد است بلکه اشکال مهمتری داریم که ما را از اشکال اوّل بی‌نیاز می‌کند و با وجود اشکال اساسی‌تر

نوبت به اشکال مذکور نمی‌رسد چرا که اشکال مذکور قابل جواب است به این که کسی بگوید: چه مانعی دارد که $\frac{4}{5}$ از ثمن مال بایع و $\frac{1}{5}$ مال مشتری شود؟ و اگر بگوئید: این ظلم بر مشتری و ضرر به او است. می‌گوییم: با قانونِ لاضرر حّق الخیار برای مشتری جعل می‌شود و جلو ضرر او گرفته می‌شود و لذا خیلی اشکال مهمّی نیست. آری مادّهٔ نقض مهمتری دارد که مربوط به فرض دخالت هیئت اجتماعیّه در نقصان قیمت است، بیان مطلب:

گاهی هیئت اجتماعیّه نه در زیاد شدن قیمت سهمی دارد و نه در کم شدن آن که غالب موارد چنین است. و گاهی هیئت اتّصالیّه در فزونیِ قیمت دخیل است آن گونه که در اشکال قبل بود که از دو لنگهٔ درب مثال آوردند. و گاهی هیئت انضمامی در کاستیِ قیمت دخیل است یعنی اگر دو شیئی و مال را جدا جدا قیمت کنیم خیلی قیمت بالا است و اگر روی هم رفته ارزش گذاری کنیم قیمت خیلی کاهش می‌یابد. فی المثل دو تا عبد را در نظر بگیرید از اجتماع آندو نزدیک مولی و در یک منزل مفاسدی از قبیل: سرقت، خیانت، سستی در خدمت و... پدید می‌آید، چون آندو با یکدیگر تبانی دارند و قرار گذاشته‌اند که اینگونه باشند ولی اگر از یکدیگر جدا باشند این مفاسد پیش نمی‌آید و هر کدام بدرستی وظیفهٔ خود را انجام می‌دهند، و مشتری هم از این ویژگی خبر دارد. یا مثلاً دو کنیز را فرض کنید که مادر و دختر هستند و اگر هر دو ملکِ یک مولی و در خانهٔ یک مولی باشند شرور و مفاسدی ببار می‌آید ولی اگر جدای از یکدیگر باشند این محاذیر را ندارند.

در چنین مواردی اگر کسی بخواهد هر دو عبد یا امه را با هم به فرد ثالثی بفروشد خیلی ارزانتر خریداری می‌شود، فی المثل بایع هر دو امه یا عبد را که یکی مال او است و یکی مال دیگری است به مبلغ هشت هزار تومان فروخته ولی وقتی هر یک را جداگانه قیمت می‌کنیم هر کدام ده هزار تومان ارزش دارند (که بیش از قیمت مجموع است) و یا هر کدام هشت هزار تومان قیمت دارند (که به اندازهٔ قیمت مجموع است) در چنین فرضی طبق طریقهٔ ما باید هر کدام را جدا جدا قیمت کنیم که ده هزار تومان است و سپس ایندو را جمع کنیم که بیست هزار تومان می‌شود و سپس یکی را که ده هزار تومان بود با مجموع بسنجیم که نصف می‌باشد و به همین نسبت یعنی $\frac{1}{2}$ از ثمن المسمّی که

هشت هزار تومان بود به مشتری برگردد یعنی چهار هزار تومان نزد بایع و چهار تومان نزد مشتری و این عادلانه و طریق وسط است. ولی طبق طریق دوّم ابتدا مجموع دو عبد یا دو امه را قیمت می‌کنیم (ده هزار تومان) سپس یکی را جدا قیمت می‌کنیم (باز هم ده هزار تومان) و نسبت قیمت یکی به قیمت مجموع نسبت تساوی و تماثل است پس باید مماثل ثمن المسمّیٰ را از بایع بگیریم و به مشتری بدهیم یعنی کلّ هشت هزار تومان را و این مستلزم جمع ما بین ثمن و مثمن یا عوض و معوّض در ملک یک نفر می‌شود که هم جاریهٔ بایع را مالک شده و هم تمام ثمن را و چنین چیزی از محالات است و با قانون معاوضه سازگار نیست. این است اشکال اساسیِ طریق دوّم که قابل جواب هم نیست.

قوله: فالتحقیق:

از نقض و ابرامهای گذشته به این نتیجه می‌رسیم که: علی التحقیق در کلّیهٔ موارد (چه مواردی که هیئت اجتماعیه نقشی ندارد و چه مواردی که در زیادیِ قیمت دخیل است و چه مواردی که در نقصانِ قیمت دخیل است) همان طریقهٔ اوّل عادلانه و مستقیم و صحیح است و نوبت به طریق دوّم نمی‌رسد.

قوله: فان قلت:

مستشکل می‌گوید: همان طوری که طریق دوّم مبتلا به اشکال شد، طریق اوّل نیز مستلزم ظلم و ضرر بر مشتری و مبتلا به اشکال است و ناگزیر باید طریق سوّمی را در پیش گرفت، بیانِ مطلب: مشتری که اقدام می‌کند و دو چیز را با هم خریداری می‌کند گاهی به این صورت است که هر کدام استقلالاً مطلوب و مقصود هستند ولی در صورت و ظاهر به یک لفظ بر هر دو انشاء بیع کرده ولی در واقع بیوع متعدّد است و به تعداد اموال متعدّد می‌شود نظیر عام استغراقی، در این فرض باید هر مالی جدا ملاحظه شود و ببینیم آیا مشمول ادلّهٔ صحتِ بیع هست یا نه؟ ولی گاهی مجموع را من حیث المجموع و به قید اجتماع و انضمام خریداری می‌کند که بحث ما در اینجا است و فرض در موردی است که هیئت اجتماعیه در زیادی قیمت دخیل است و مقداری از ثمن در برابر آن واقع می‌شود، فی المثل دو لنگهٔ درب را به پنج هزار تومان خریده که در واقع هزار تومان در برابر این لنگه و هزار تومان در برابر لنگهٔ دیگر و سه هزار تومان در برابر هیئت اجتماعیّه است، و بعداً مالک نصف دیگر، معامله را ردّ کرد و مالش را پس گرفت در اینجا هم یک لنگهٔ

درب از مشتری اخذ شد و هم هیئت اجتماعیّه بهم خورد و وصف مجتمع بودن از بین رفت و برای مشتری باقی نماند.

در چنین فرضی اگر طریقهٔ اوّل را برویم باید هر کدام را جدا قیمت کنیم (هزار تومان) سپس آندو را جمع کنیم (دو هزار تومان) سپس نسبت یکی را به مجموع بسنجیم ($\frac{۱}{۲}$) و به همین نسبت از ثمن المسمّی برداریم یعنی دو هزار و پانصد به بایع و دو هزار و پانصد به مشتری بدهیم و این ظلم بر مشتری است که به مقدار هزار و پانصد تومان که در برابر وصف اجتماعیّت بود به او داده نشده است.

و اگر از طریق دوّم برویم باید مجموع را قیمت کنیم (پنج هزار تومان) سپس یکی را به تنهائی قیمت می‌کنیم (هزار تومان) و نسبت سنجی کنیم ($\frac{۱}{۵}$) و به نسبت از ثمن به مشتری بدهیم یعنی تنها هزار تومان برگردد و چهار هزار تومان نزد بایع بماند که این نیز ظلم بر مشتری است و ظلم فاحش‌تر است که اصلاً هیئت اجتماعیّه ملحوظ نشده در حالی که مشتری مبلغی از ثمن را در قبال هیئت مذکور داده بود.

و لذا بهتر است طریق سوّمی را در پیش بگیریم یعنی ثمن المسمّی را بر هر یک از دو مال جدا جدا و بر هیئت اجتماعیّه توزیع کرده و به نسبت ملک بایع (که یک لنگهٔ تنها است) از ثمن به او بدهیم ($\frac{۱}{۵}$) و باقیمانده یعنی ($\frac{۴}{۵}$) که هزار تومانش در قبال مال دیگر است و سه هزار تومان در برابر هیئت اجتماعیّه است را به مشتری برگردانیم تا ظلم نشود.

قوله: قلت:

مرحوم شیخ می‌فرماید: در باب عدوان و غصب، وصف مذکور ضمانت دارد یعنی اگر کسی دو لنگهٔ درب کسی را غصب کرد و تلف شد باید کلّ مبلغ پنج هزار تومان را بدهد. ولی در باب معاوضات کلیّهٔ اوصافی که در زیاد شدن قیمت دخیل هستند (وصف کتابت، خیاطت و...) و منجمله وصف اجتماع ضمانت ندارد و اگر از بین رفت طرف ضامن نیست (مگر وصف صحّت که حسابش جدا است) در نتیجه وصف اجتماع مضمون نیست و مشتری حق ندارد بابت تلف آن از بایع وجهی بگیرد، آری حدّاکثر این است که اگر شرط کرده‌اند که مجتمع با هم باشند و حالا نیستند، حقّ الخیار تخلّف شرط برای مشتری درست می‌شود و گرنه بایع ملزم به پرداخت خسارتِ وصف تالف نیست.

پس بر می‌گردیم به طریقهٔ خودمان که روشی عادلانه است.

قوله: و لا فرق:

گاهی ملک بایع و ملک دیگری که با هم فروخته شده‌اند در خارج به دو وجود جداگانه موجود هستند مثل عبد و امه، دو لنگهٔ در، مکاسب و کفایه و کلّ مثالهائی که تا به حال زدیم. و گاهی به یک وجود موجود می‌باشند مثل عبدی که مثلاً $\frac{1}{3}$ آن به بایع تعلّق دارد و$\frac{2}{3}$ آن ملک دیگری است و کلّ عبد را به دیگری فروخته است مرحوم شیخ می‌فرماید: معیار همان طریقهٔ اوّل است و فرقی میان دو فرضی که الان مطرح است وجود ندارد و در فرض وحدت وجود هم ممکن است کسی سطحی نگر باشد و بگوید: حال که عبد واحد را فروخته و $\frac{1}{3}$ آن را مالک است باید ثمن را اثلاثاً تقسیم کرد و $\frac{1}{3}$ ثمن ملک بایع و بقیّه به مشتری برگردد، ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: چنین نیست زیرا چه بسا اهل معامله نسبت به خریدن $\frac{1}{3}$ رغبت کمتری نشان می‌دهند تا خریدن $\frac{2}{3}$ و لذا قیمت سهام جدا جدا ممکن است متفاوت باشد، فرض کنید کلّ عبد را به دوازده هزار تومان فرخته است اگر ثمن را اثلاثاً قسمت نمائیم چهار هزار تومان به بایع تعلّق می‌گیرد ولی اگر جداگانه هر سهمی را قیمت کنیم چه بسا قیمت $\frac{1}{3}$ دو هزار تومان باشد و قیمت $\frac{2}{3}$ شش هزار تومان که حاصل جمع آن دو هشت هزار تومان می‌شود و دو هزار نسبت به هشت هزار یک چهارم است پس باید رُبع ثمن المسمّٰی را به بایع بدهیم که سه هزار تومان است نه چهار هزار تومان.

قوله: و امّا المثلی:

آنچه تا به حال در طریق تقسیط ثمن گفته آمد در مورد مبیعی بود که از قیمیّات باشد مثل عبدوامه و منزل و... و امّا اگر مبیع از مثلیّات باشد مثلاً صد من گندم وجود دارد که پنجاه من ملکِ بایع و پنجاه من دیگر ملک غیر است و بایع هر دو را به مشتری فروخت به نهصد تومان و مالک اصلی سهم خود را اجازه نکرد چه کنیم؟ مرحوم شیخ دو صورت ذکر می‌کنند:

۱ـ اگر حصّهٔ بایع و دیگری به صورت مشاع است و صد من تفکیک نشده حکم آن است که کل ثمن بر کلّ مبیع توزیع می‌شود و هر کدام به نسبت سهم خود از ثمن می‌گیرند یعنی اگر مالک نصف هستند نصف ثمن را می‌برند و اگر یکی مالکِ ثلث و

دیگری مالکِ دو ثلث است، ثمن اثلاثاً توزیع می‌شود.

۲ـ ولی اگر حصّه‌ها از یکدیگر تفکیک شده و در دو ظرف جدا است و بایع هر دو را با هم می‌فروشد حکم مثلی همانند حکم قیمی است و طریقه همان است که ما گفتیم که هر کدام جدا قیمت می‌شوند و سپس قیمتها را جمع می‌کنیم و سپس نسبت سنجی می‌کنیم.... .

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه اگر دو حصّه صد در صد از لحاظ جَوْدَتْ و ردائت مثل هم باشند نیازی به طریقهٔ ما نیست و طریقهٔ دوّم هم صحیح است ولی اگر یک حصّه جیّد و دیگری متوسّط یا یکی جیّد و دیگری ردّی و یا یکی متوسّط و دیگری پَست باشد نیاز به طریقهٔ ما هست تا به کسی ظلم نشود.

مسألة بیع نصف الدار

از اوّل بیع فضولی تا اینجا تمام مباحث مربوط به فرض علم بـه فـضولیّت بـود و می‌دانستیم که فلان بیع، بیع فضولی است و احکام آن را بیان می‌کردیم: ولی این مسأله در مورد شک در فضولیّت است: دو نفر بصورت مشاع در منزلی شریک هستند (البته دو نفر از باب مثال و حدّاقلّ است و شما می‌توانید شرکت را میان سه یا چند نفر هم فرض کنید) و هر کدام نصف خانه را مالک هستند (باز نصف از باب مثال است و فرض ثلث و ربع و... نیز داریم که با مقایسه حکم آنها هم روشن می‌شود.) حال یکی از آندو نصف منزل را به فرد ثالثی فروخت، در اینجا چهار صورت وجود دارد:

۱ـ یقین داریم که فروشنده نصف مشاع خویش را فروخته (یا نـیّت کـرده نـصف خودش را و یا حتّی به زبان آورده و گفته: بعتُ النصف المملوک لی و...) در این فرض قطعاً معامله صحیح است و ادلّهٔ صحّتِ بیع این فرض را می‌گیرد، و حدّاکثر برای شریک دیگر حقّ الشفعه‌ای منظور می‌شود.

۲ـ یقین داریم که فروشنده نصف مشاع شریکش را فروخته (یا قصد غیر داشته و بعد اقرار کرده و یا به زبان آورده و گفته: بعتُ نصف شریکی و...) چنین بیعی هم جزماً بیع فضولی است و احکام آن را دارد.

۳ـ اجمالاً می‌دانیم که قصد نصف دارد ولی شک داریم که نصف خودش را قصد

کرده یا سهم شریک را؟ از خودش هم بپرسیم اظهار می‌کند که نمی‌داند. این فرض را مرحوم شیخ مطرح نکرده است.

۴ـ یقین داریم که فروشنده نه نصف مملوک خویش را قصد کرده و نه نصف شریکش را بلکه کلّی را قصد کرده یعنی وقتی می‌گوید: بعتُ نصف الدار، معنای همین لفظ را قصد می‌کند بدون قصد اضافه به خویش یا به شریک، فرض مورد بحث اینجا است که لفظ نصف الدار را که مبیع است بر چه چیز حمل کنیم؟ سه احتمال متصوّر است:

۱ـ اطلاق کلام را به نصف مملوکِ خود بایع حمل کنیم و حکم به صحّت نمائیم.

۲ـ اطلاق کلام را بر نصف مملوک شریک حمل کنیم و حکم به فضولیّت کنیم. (مرحوم شیخ این را ذکر نکرده‌اند و به قول مرحوم شهیدی: **لم یذکر احتمال حمله علی نصف الغیر مع انّه انسب بالفضولی، لعدم ما یکشف عن ذلک**[1] یعنی این احتمال دلیلی ندارد و چیزی که کاشف از آن باشد نداریم.)

۳ـ اطلاق کلام را بر نصف مشاع میان دو حصّه (حصّهٔ بایع و اجنبی که شریکش باشد) حمل کنیم و بگوییم: منظور بایع این است که در واقع نصف نصف خودش و نصف نصف شریکش را فروخته که نسبت به نصف نصف خودش یا رُبع مجموع معامله صحیح است و نسبت به رُبع دیگر که نصف نصف مال شریک باشد معامله فضولی است و بنابر این احتمال مسأله مورد بحث مصداقی از مصادیق مسألهٔ سابق است که بیع ما یَمْلِک و ما لا یملک بود.

سؤال: سر چشمه دو احتمال مذکور (۱ و ۳) کجاست؟ و دو احتمال مزبور از کجا نشأت می‌گیرند؟

جواب: در اینجا سه ظهور مطرح است که تعارض میان آنها منشأ دو احتمال مذکور گردیده:

۱ـ کلمهٔ نصف عند الاطلاق بر نصف مشاع میان دو حصّه حمل می‌شود و بر اشاعهٔ مبیع میان دو حصّه دلالت می‌کند و نتیجه‌اش احتمال سوّم است (ظهور اطلاقی)

۲ـ چون بایع با گفتن بعتُ نصف الدار در مقام تصرّف است (بیع نوعی تصرّف ناقل

---

۱. هدایة الطالب، ص ۳۱۵.

در مال است) و اصل عقلائی آن است که انسان عاقل هر تصرّفی را نمی‌کند بلکه تصرّفی را می‌کند که نافذ و مؤثر باشد و ظاهرّ حال این را دلالت می‌کند آنگـاه بـه قـرینهٔ مـقام تصرّف و ظاهر حال مسلم (تصرّف صحیح می‌کند و حمل بر صحت باید کرد) و ظاهر حال عاقل (که تصرف نافذ می‌کند) لفظ مبیع یعنی نصف الدار بر نصف مختصّ به بایع حمل می‌شود نه بر نصف مشاع میان دو حصّه زیرا اگر بـر نـصف مشـاع حـمل شـود لازمه‌اش آن است که نسبت به نصف نصفِ شریک، تصرّف بایع یعنی بیع او نافذ نباشد و خلاف ظاهر حال مذکور است. (البته در غیر مقام تصرّف کلمهٔ نصف عند الاطلاق بر نصف مختصّ حمل نمی‌شود، مثلاً در مقام اقرار که مبسوطاً در ادامه خواهد آمد اگـر شخصی اقرار کرد که نصف منزل به فلانی تعلّق دارد بر نصف مشاع حمل می‌شود نه نصف مختصّ، ولی در مقام تصرّف به قرینهٔ ظاهر حال بر نصف مختصّ حمل شد و در این ظهور پیدا کرد.) نتیجهٔ این ظهور احتمال اوّل است. (ظهور انصرافی)

۳ـ لفظ بعتُ یا ملّکتُ هم که فعل بایع است و بر انشاء بیع و تملیک دلالت دارد، ظهور در تملیک بالاصالة و الاستقلال دارد یعنی وقتی می‌گوید: بعتُ و قید نمی‌کند که لنفسی یا لغیری، ظاهرش این است که برای خود و از طرف خود می‌فروشد نه از ناحیهٔ دیگری و به عنوان نیابت و فضولیّت و غیره، چراکه بیع مال دیگری نیازمند این است که: یا قصد غیر داشته باشد که علی الفرض ندارد (فرض مسأله این بود جز مفهوم لفظ نصف الدار چیزی وکسی را قصد نکرده) و یا عقیده داشته باشد که مال به خودش تعلّق دارد تا در صدد فروش بر آید که علی الفرض اینهم نیست. و یا مثل غاصب بنا را بر تملّک مال غیر بگذارد و آن را بفروشد که علی الفرض چنین بنائی هم ندارد. و وقتی هیچکدام نبود اطلاق لفظ بعتُ و ملّکتُ بر بیع لنفسه و تملیک بالاصالة حمل می‌شود. نتیجهٔ این ظهور هم احتمال اوّل است. (ظهور اطلاقی)

حال منشأ احتمال اوّل و سوّم یا تعارض ظاهر لفظ نصف (در نصف مشاع) است با ظهور مقام تصرّف. و یا تعارض ظاهر نصف است با ظاهر بعتُ و مـلّکت در بـیع مـال خودش، و این تعارض باعث شد که ما در مسأله دو احتمال بدهیم و هیچ کدام را تعیین نکنیم.

قوله: و ممّا ذکرنا:

فخرالدین ره فرع دیگری را مطرح کرده و ما نحن فیه را به آن جا قیاس کرده و آن این که: مولائی عبدی به اسم غانم دارد، مولای دیگر هم کذلک و کلمهٔ غانم مشترک لفظی میان دو عبد است یکی از دو مولای مزبور در مقام معامله گفت: بعتُ غانماً یعنی یک عبدی را که نامش غانم است فروختم، در اینجا با این که لفظ مبیع (غانماً) مجمل است ولی ادعّای اجماع شده بر این که: این کلمه به عبد خود بایع انصراف دارد. فخر الدین فرموده: ما نحن فیه هم کذلک یعنی وقتی مالک نصف می‌گوید: بعتُ نصفَ الدار، لفظ نصف اجمال دارد و به حکم اجماع مزبور می‌گوییم: این لفظ انصراف به نصفِ خود بایع دارد و مشکل حلّ می‌شود

مرحوم شیخ می‌فرماید: قیاس مع الفارق است زیرا در فرع مذکور لقط غانم اجمال داشت و مشترک لقطی بود و ظهور در هیچکدام نداشت و لذا ظهور مقام تصرّف در نصف مختّص و نیز ظهور بعتُ در بیع لنفسه بلامعارض بودند و توسّط این دو ظهور آن اجمال و ابهام تفسیر و رفع می‌شد و بر عبد خودش حمل می‌شد و اجماع مجمعین هم بر این اساس بود. ولی در ما نحن فیه خود واژهٔ نصف هم ظهوری دارد که ظهور در اشاعه باشد و این است که با هر یک از دو ظهور دیگر تعارض می‌کنند و سبب دو احتمال و ابهام می‌گردند. پس قیاس درست نیست.

قوله: ثمّ اِنّ:

تا به حال فرضی مطرح بود که بایع نه از سوی شریک وکالتی داشت و نه بر او ولایتی داشت و بلکه اجنبی بود و دو احتمال مطرح شد که منشأ آن هم تعارض ظهورها بود. حالا فرض وکالت و ولایت مطرح است یعنی بایع علاوه بر این که خودش نصف مشاع را مالک است، نسبت به نصف دیگر هم مأذون در بیع است به این که یا وکالت دارد و یا ولایت دارد، در چنین فرضی اگر بایع به طور مطلق گفت: بعتُ نصف الدار و اضافه به خودش یا شریکش (موکّل یا مولّیٰ علیه) نکرد و در دل هم قصد خصوص یکی از آن دو را نداشت آیا چنین بایعی ملحق به اجنبی است (و همان دو احتمال اینجا هم می‌آید)؟ یا ملحق به اجنبی نیست (و یک احتمال بیشتر اینجا نمی‌آید)؟ می‌فرماید: در این باره دو وجه وجود دارد (۱ـ الحاق ۲ـ عدم الحاق) و این دو وجه مبتنی هستند بر این که از سه

ظهور مذکور (۱ـ ظهور اطلاقیِ نصف در نصف مشاع میان دو حصّه ۲ـ ظهور انصرافیِ نصف در مقام تصرّف در نصف مختّص ۳ـ ظهور بعتُ در بیع بـالاصالة) تـعارض بـین کدامها باشد؟

اگر ظهور لفظ نصف در اشاعهٔ میان دو حصّه با ظهور انصرافیِ همین کلمه در نصف مختصّ متعارض باشند، در ما نحن فیه (فرض وکالت و ولایت) باید گفت: ظهور دوّم با ظهور اوّل معارض نیست زیرا که بر فرض حمل بر نصف مشاع شود باز هم تصرّف بایع نافذ است چون وکالت یا ولایت دارد و ظاهر حال در اینجا منافی با ظاهر نصف در مشاع نیست پس ظهور اوّلی بلا معارض است و نتیجه آن است که ما نحن فیه (وکیل یا ولّی) ملحق به اجنبی نیست و دو احتمال مذکور در اینجا جریان ندارد بلکه یک احتمال بیشتر نیست و آن حمل بر نصف مشاع میان دو حصّه است.

ولی اگر ظهور نصف در اشاعه با ظهور بعتُ در تملیک بالا صاله معارض باشد، در ما نحن فیه هم این تعارض هست و در نتیجه علی القاعده باید گفت: همان دو احتمال در اینجا نیز جاری است. ولی مرحوم شیخ نظرشان این استکه: ظهور بعتُ در تملیک بالا صالة با ظهور نصف در نصف مشاع قدرت معارضه ندارد و ظهور نصف در اشاعه مقدّم است، به دلیل این که: ظهور بعتُ یا ملکّتُ در تملیک بالا صـالة یک ظـهور اطـلاقی و مبتنی بر مقدّمات حکمت است یعنی اگر قرینه‌ای بر خلاف نبود حمل بر بـیع لنـفسه می‌شود وگرنه نه، البته ظهور لفظ نصف هم در اشاعه یک ظهور اطلاقی است و مبتنی بر مقدّمات حکمت است و این که قرینه‌ای بر خلافش نباشد لکن ظهور مقیّد بر ظهور مطلق مقدم است یعنی لفظ بعتُ که فعل بایع است مطلق است چون قابلیّت دارد که به دنبالش کلمهٔ دار بیاید یا دابّه یا عبد و... و اگر هم لفظ دار آمد آیا کلّ دار باشد یا نصف آن و...، و لفظ نصف که متعلّق فعل است

مقیّد است و اطلاق بعتُ را تقیید می‌کند در هر کدام اصالة الاطلاق جاری است ولی مقّید با همهٔ اصول لفظِی عقلائی که در آن جاری می‌شود بیانیّت و مفسّر دارد و بر مطلق با اصولِ آن تقدّم دارد، بنابر این نوبت به اطلاق بعتُ نمی‌رسد و ظهور نصف در اشاعه را باید گرفت. پس ما نحن فیه (فرض وکالت و ولایت) مثل صورت قبل (فرض اجنبی بودن) نیست و دو احتمال ندارد.

قوله: و ما ذکره:

این فراز در واقع دفع دخل است و جواب از یک اشکال که مبتنی بر مبنای شهید ثانی است که مکرّر می‌فرمود: فضولی و مکره فقط قاصد لفظ هستند و قاصد معنی نیستند، روی این اصل مستشکل می‌گوید: درست است که ظهور مقیّد بر ظهور مطلق مقدّم است و اصل لفظی جاری در مقیّد هم بر اصل جاری در مطلق تقدم دارد و خلاصه باید جانب مقیّد را گرفت ولی این در صورتی است که اصل جاری در مقیّد معارض و بلکه اصل وارد و حاکم و مقدم نداشته باشد، ولی در ما نحن فیه اصل جاری در مقیّد معارض دارد زیرا اصل عقلائی در هر متکلم عاقل این است که: لفظی را که می‌گوید مدلول آن را اراده می‌کند و صرفاً کلام لغوی بر زبان جاری نمی‌کند (این را اصالة القصد گویند) آن گاه اگر نصف را بر مشاع بین دو حصّه حمل کنیم لازم می‌آید که لااقّل در بخشی بیع فضولی شود (نسبت به $\frac{1}{4}$) و بایع فاصد مدلول نباشد ولی اگر بر نصف مختص حمل کنیم این محذور را نداریم، به حکم اصالة القصد بر نصف مختص حمل می‌کنیم و نوبت به اخذ به ظهور نصف در اشاعه نمی‌رسد.

قوله: الّا انه:

از اشکال مذکور دو جواب می‌دهیم:

۱ـ مکرّر در مباحث گذشته گفته آمد که: فضولی هم قاصد معنی هست و قصد انشاء دارد و از این جهت کمبودی ندارد و از لحاظ طیب نفس مالک کمبود دارد. و کلام شهید ثانی هم توجیه شد پس بر نصف مشاع هم حمل شود با اصالة القصد مخالفتی نشده

۲ـ بر فرض قبول مبنای مذکور می‌گوییم: در فرض اجنبی بودنِ شریک این اشکال وارد است ولی در فرض وکالت یا ولایت وارد نیست چرا که قصد حقیقی به مدلول در مورد وکیل و ولّی موجود است. و لذا اقوی این است که در مورد ایندو کلمهٔ نصف را بر اشاعه حمل کینم و ظاهر نصف را اخذ کنیم و نوبت به دو احتمال نمی‌رسد.

قوله: الّا ان یمنع:

تا به حال اصرار بر این بود که لفظ نصف عند الاطلاق بر نصف مشاع حمل می‌شود و ظهور در اشاعهٔ میان د و حصّه دارد یعنی نصف نصفِ از مال خود بایع و نصف نصف از

سهم شریک، ولی از حالا ورق بر می‌گردد و می‌فرمایند: ممکن است کسی بگوید: نصف الدار قدر مسلّم ظهور در نصف مشاع از مجموع خانه دارد و معنایش این است که: من $\frac{۱}{۲}$ این منزل را فروختم و نصف مشاع از مجموع یک عنوان کلّی است که سه مصداق دارد و قابل صدق بر هر کدام می‌باشد:

۱ـ بر نصف مشاع خود بایع صدق می‌کند چون آن هم نصف مشاع از مجموع دار است.

۲ـ بر نصف مشاع شریکِ بایع هم صدق می‌کند زیرا این نیز نصف مشاع از مجموع است.

۳ـ بر نصف نصف مال بایع و نصف نصف مال شریک هم صدق می‌کند چون این‌ها نیز روی هم نصف مشاع از مجموع را تشکیل می‌دهند. و حمل کلّی بر خصوص این فرد سوّم بلادلیل است، بلکه دلیل بر خلافش داریم و آن این که چنین چیزی خلاف فرض است چون از اوّلِ مسأله بنارا بر این گذاشتیم که بایع فقط مفهوم کلمهٔ نصف الدار را اراده کرده نه نصف مشاع ما بین دو حصّه را یا نصف مشاع مختص را. و چون نصف الدار بر نصف مختص خود بایع هم صادق است بر همین حمل می‌شود زیرا مقام تصرّف قرینه است که بایع عاقل تصرّف نافذ می‌کند نه هر تصرّفی. در نتیجه کلمهٔ نصف بر نصف مختص حمل می‌شود نه بر اشاعه میان دو حصّه.

تنظیر: ما نحن فیه نظیر موردی است که شخصی از طرف دیگری وکیل شده که صد من گندم به صورت بیع سلف برای او بفروشد، ضمناً خود وکیل قصد دارد برای خودش چنین بیعی را انجام دهد. و در مقام بیع می‌گوید: صدمن گندم پیش فروش کردم به هزار تومان و تعیین نمی‌کند که به ذمّهٔ خودم یا به عهدهٔ موکّلم، در اینجا هم با اینکه این عبارت کلّی است و تاب و توان حمل بر فروش نیابتی و برای موکل را دارد ولی تا بتوان بر بیع بالاصالة حمل کرد نوبت به بیع نیابتی نمی‌رسد.

قوله: و لعّله:

این فراز شاهدی است بر حمل لفظ نصف عند الاطلاق بر نصف مختّص نه مشاع، و آن فرعی است از کتاب نکاح: اگر مردی زنی را به عقد خود در آورده است و صداق و

مهریّهٔ او را عین خارجی (مثلاً یک باب منزل) قرار داد و سپس آن زن نصف مشاعِ آن منزل را به خود شوهر (یا به فرد ثالثی) هبه کرد، و بعد هم شوهر قبل از آمیزش آن زَن را طلاق داد، در این جا جماعتی از بزرگان از قبیل: محقّق اوّل، علاّمه، شهید اوّل ،شهید ثانی و دیگران فرموده‌اند: شوهر به سبب طلاق دادن نصف دیگر عین را (نصف باقیمانده چون نصف را قبلاً هبه کرده و با هبه ملک شوهر شده) استحقاق پیدا می‌کند و مالک می‌شود. و خود نصف مشاع را مالک می‌شود، نه اینکه از نصفی که باقی مانده بود نصف این نصف ($\frac{1}{4}$ مجموع) را و قیمت نصف تالف (نصفی که قبلاً هبه شد و از ملک زوجه در آمد و کالتالف است) را مستحق شود. (ملاحظه می‌فرمائید که: فتوی این است که خود نصف را مالک می‌شود نه نصف نصف موجود و قیمت نصف تالف را، و این فتوی با اختصاص می‌سازد نه با اشاعه) البته این را هم به صورت یک احتمال ذکر کرده‌اند که نصف نصف موجود و قیمت نصف تالف را ببرد ولی فتوی بر این نیست فتوی بر اوّلی است که خود نصف موجود را مستحق می‌شود و خبری از اشاعه بین دو حصّه نیست. و این فتوی به استحقاق خود نصف از این باب است که لفظ نصف بر تمام نصفی که باقی است صدق می‌کند (از قبیل صدق کلی بر فرد) و در نصف موجود در آیهٔ شریفهٔ «فنصف ما فرضتم لهنّ[1]» داخل می‌شود.

قوله: و ان کان:

البته فتوای مذکور را می‌توان توجیه کرد به نحوی که با اشاعه بسازد و آن اینکه: در واقع زوج پس از طلاق زوجه، نصف نصف موجود و قیمت نصف نصف تالف را استحقاق پیدا می‌کند و نصف نصف دیگر باقیمانده مالِ زوجه است ولی از آنجا که نصف نصف باقیمانده‌ای که سهم زوجه است ($\frac{1}{4}$ مجموع) صد در صد مثل آن $\frac{1}{4}$ تالف است یعنی از هر حیث با آن مساوی است و تفاوت بالاعتبار است (به اعتبار اینکه این $\frac{1}{4}$ مال زوج است، آن مال زوجه لذا بدل از تالف می‌شود و زوج به جای قیمت تالف، خود این نصف موجود را تملّک می‌کند. پس اخذ $\frac{1}{4}$ موجود بالاصالة نیست بلکه بالبدلیّة است.

تنظیر: در باب قرض که انسان مالی را که قیمی است قرض کرد (ابتدا به ساکن

---

۱. سورهٔ بقره، آیه ۲۳۷.

قیمت به عهده‌اش می‌آید و وی به قیمت مشغول الذمّه می‌شود ولی اگر تصادفاً از عین مال قرضی استفاده نکرد و همچنان در دستش ماند تا موعد اداء دین فرا رسیدن می‌تواند خود عین را بدهد و کفایت می‌کند و نیازی به اداء قیمت نیست و در واقع دفع عین بدل از قیمتی است که به ذمّه‌اش آمد.

نتیجه: طبق توجیه مذکور باید فرع مزبور را بر اشاعه حمل کرد نه برا اختصاص، ولی این توجیه است و ظاهر فتوی این است که: زوج خودِ نصفی را که موجود است مالک می‌شود نه نصف نصف موجود و نصف نصف تالف را، پس طبق ظاهر فتوای جماعت مذکور، لفظ نصف عند الا طلاق بر نصف مختص حمل می‌شود نه مشاع و شاهدی بر مطلبی است که در الّا ان یمنع... ذکر شد.

قوله: لکن:

این فراز استدراک از اصل این شاهد مثال است و آن اینکه: منظور حضرات نصف مختص نیست بلکه اشاعه مراد است زیرا بدنبال فتوای مذکور در مقام تعلیل فرموده‌اند: چون این نصفی که موجود است به مقدار حقّ زوج است و نگفته‌اند: خود حقّ زوج است، از تعبیر به کلمهٔ مقدار و اندازه می‌فهمیم ک حقّ زوج چیز دیگری است (نصف نصف باقی قیمت نصف تالف) و این نصف موجود را که می‌گیرد به اندازهٔ آن حق است و لذا کفایت می‌کند وگرنه می‌گفتند: لأنّه حقّه یعنی نصف باقی خود حقّ زوج است.

نتیجه: با این تعلیل می‌توان گفت: فرع مذکور شاهدی بر ما نحن فیه نیست ومنافات با ما نحن فیه دارد زیرا که در ما نحن فیه سخن از اختصاص است و در شاهد مزبور سخن از اشاعه است.

قوله: و نظیره:

باز هم باب دیگری داریم که ظاهر فتوای فقهاء در آن باب با ما نحن فیه منافات دارد و آن باب صلح است: شخصی در منزلی ساکن است و بر آن یَدْ دارد و در آن متصرّف است دو نفر دیگر که ذوالید هم نیستند آمده‌اند و ادّعا می‌کنند که این منزل مال پدر مرحوم آنها بوده و به آندو به ارث رسیده و الان ملک آنها است و ذوالید سخن یکی را تصدیق می‌کند و اقرار و اعتراف می‌کند که نصف این منزل مال فلانی است و دیگری را تکذیب می‌کند، سپس مُقَرٌلَهْ آن نصف مُقَرٌبه را با شخص مُقِّر مصالحه می‌کند و می‌گوید: من این

نصف را به هزار دینار با تو مصالحه کردم که هزار دینار را بدهی و من کاری به کار تو نداشته باشم آیا این مصالحه درست است؟

مشهور فرموده‌اند: نسبت به نصف نصف مُقَّربه نافذ ست ولی نسبت به نصف نصف دیگر منوط به اذن یا اجازهٔ مدّعِی دیگر است. حال اگر بنا بود نصف نصف مختص حمل شود باید می‌گفتند: مُقَّرله که نصف را مصالحه کرد چه تعیین کند که نصف خودم را مصالحه کردم (آنهم چه قبل از اقرار ذوالید باشد و چه بعد از آن) و چه مطلق بگذارد که به قرینهٔ مقام تصرف بر نصف خودش حمل می‌شود، در هر حال باید حمل بر اختصاص شود و وجهی برای اشتراک میان مُقَّرله و مدّعِی دیگر نباشد، در حالی که فتوی به اشاعه دادند و مصالحه را در $\frac{1}{4}$ نافذ دانستند و... و این با ما نحن فیه منافی است.

قوله: و لذا:

به خاطر همین تنافی مرحوم سید مجاهد در مناهل اختصاص را اختیار کرده و فرموده: اگر بر نصف مصالحه کردند بر نصف مختصّ به خود مُقَّرله حمل می‌شود نه بر نصف مشاع میان دو حصّه.

قوله: و فصّل:

مرحوم شهید ثانی در مسالک تفصیل قائل شده و سه صورت ذکر کرده است:

۱ـ اگر مصالحه بر نصف مورد ادّعای خودِ مصالح انجام بگیرد (قبل از اقرار یا پس آن) بر نصف مختص حمل می‌شود.

۲ـ و اگر بر مطلق نصف مصالحه کنند باز بر نصف مختص حمل می‌شود به قرینهٔ مقام تصرّف (مصالحه کردن)

۳ـ ولی اگر برنصفی که مُقَرٌّ به است مصالحه کنند بر نصف مشاع حمل می‌شود و باید مدّعیِ دیگر هم اجازه کند.

دلیل صورت اوّل: لفظ نصف ظهور وضعی در نصف مختص دارد و بر آن حمل می‌شود.

دلیل صورت دوّم: لفظ نصف ظهور انصرافی در نصف مختص دارد و بر آن حمل می‌شود.

دلیل صورت سوّم: باب اقرار در نزد فقهاء بر اشاعه حمل می‌شود.

قوله: و اعترضه:

محقق اردبیلی در مجمع الفائدة به شهید ثانی اعتراض کرده و فرموده: این سه صورتی که شما درست کردید از بحث خارج است و تفصیل در مورد بحث نیست، مورد بحث مصالحه بر نصف مورد اقرار است و در این قسمت شما قائل به اشاعه شدید نه تفصیل.

قوله: و علی کلّ حال:

چه در مورد بیع نصف منزل، لفظ نصف بر نصف مشاع میان دو حصّه حمل شود و چه بر نصف مختّص به خود بایع، در این جهت تردیدی نیست که در مورد اقرار، لفظ نصف بر اشاعه حمل می‌شود پس اگر دو نفر به صورت مشاع در منزل شریک هستند و یکی از آن دو در محکمه اقرار می‌کند که نصف این منزل به فرد ثالثی تعلّق دارد و هیچ قرینهٔ حالیه و مقامّیه و مقالّیه‌ای هم وجود ندارد که دالّ بر این باشد که مُقّر نصف خود را اراده کرده، در اینجا حمل بر اشاعه می‌شود و می‌گوییم منظورش این است که: فلانی نصف نصف من و نصف نصف شریکم را مالک است و نسبت به $\frac{1}{4}$ مربوط به شریک، او باید این اقرار را تصدیق کند و اگر تکذیب کرد بیش از $\frac{1}{4}$ به مُقَّرله نمی‌رسد.

قوله: و لهذاالفتوا:

و به خاطر همین حمل بر اشاعه در باب اقرار است که فقهاء فرموداند: اگر دو نفر که با یکدیگر در منزل شریک هستند و هر کدام بر نصف عین یَدْ وسلطه دارند و در آن تصرّف می‌کنند (مرحوم شهیدی از این جمله تقسیم را استفاده کرده و فرموده: منظور این است که دو شریک با یکدیگر زمین را تقسم کرده‌اند و شواهدی هم ذکر کرده‌اند ولی از این جمله تقسیم مستفاد نسیت و حّداکثر این است که فعلاً طبق تبانی، هر شریکی از بخشی بهره برداری می‌کند امّا این که واقعاً تقسیم کرده باشند و عین را تفکیک کرده باشند مستفاد نیست.) سپس یکی از دو نفر اقرار و اعتراف می‌کند به این که زمین یا باغ یا منزل فقط مال ما دو نفر نیست بلکه نفر سوّم هم به طور مساوی با ما شریک است و ثلث زمین یعنی دو دانگ از شش دانگ هم به او تعلّق دارد و نفر دیگر این امر را انکار می‌کند و رفیقش را بر این اقرار تکذیب می‌کند، در اینجا طبق اقرار مقّر، فرد ثالث هم بطور مشاع در تمام زمین حق دارد و از جمله در این نصفی که دست مُقر است و طبعاً باید هر بجشی را اثلاثاً تقسیم کنند پس این سه دانگ در واقع یکی مال مُقّرِ است و دیگری از آن شریک

و سوّمی از آنِ مُقَّرٌله منتهی شریک چون منکر شرکت فرد ثالث است می‌گوید من همین سه دانگ را که در اختیار من است تصرّف می‌کنم و به کسی نمی‌دهم و کاری به نصف دیگر ندارم و یک دانگ یا $\frac{1}{6}$ را هم مقّر و مقّرله بطور مساوی تقسیم می‌کنند و در مجموع به هر کدام یک و نیم دانگ تعلّق می‌گیرد و به عقیدهٔ مقّر یک دانگ دیگر ($\frac{1}{6}$) هم باید شریک به اینها بدهد ولی او منکر است و نمی‌دهد و به عقیدهٔ مقّر او ظالم و غاصب است و در مال مشاع اگر کسی بخشی را غصب کرد ضرر به هر دو شریک می‌خورد پس هم به مقّر و هم مقّرله ضرر وارد می‌شود و هر کدام نصف سدس یعنی $\frac{1}{12}$ متّضرر می‌شوند. و این طرز تقسیم در باب اقرار به معنای اشاعه است.

قوله: و دعوی:

معترض می‌گوید: مقتضای اشاعه این نیست که همین نصفی را که در دست مقّر است به طور مساوی تقسیم کنند بلکه آن است که یک ششم از مقداری که در دست مقّر است به مقّرله بدهند و $\frac{1}{6}$ هم از نصفی که در دست منکر است (عیناً مثل این که مقّر در مقام اقرار صریحاً بگوید: فرد ثالث در دست هر کدام از ما دو نفر $\frac{1}{6}$ سهم دارد) آنگاه اقرارش نسبت به $\frac{1}{6}$ که در دست شریک است نافذ نیست چون اقرار عقلاء بر انفس خودشان نافذ است نه بر نفس دیگران، در نتیجه بر مقّر واجب است که $\frac{1}{3}$ از آنچه در دست خودش است یعنی $\frac{1}{6}$ مجموع زمین را به فرد ثالث واگذار کند و $\frac{1}{6}$ دیگر را به عقیدهٔ مقّر باید مقّرله بدهد که ظلم می‌کند و نمی‌دهد، پس مقّر تقصیری ندارد تا او هم متحمّل ضرر باشد بلکه او $\frac{2}{6}$ خود را می‌برد و تمام ضرر نسبت به $\frac{1}{6}$ تالف به مقّرله وارد می‌شود و ربطی به مقّر ندارد.

قوله: مدفوعة:

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما این اعتراض را دفع می‌کنیم به این که: اگر آنچه در دست شریک منکر است عین مال او باشد مثل این که دو منزل جداگانه است و یکی دست زید و دیگری دست بکر است و زید در محکمه اقرار می‌کند که نصف از منزل من و نصف از منزل بکر مال خالد است و بکر این معنی را انکار می‌کند، در اینجا حق با معترض است یعنی اقرار مقّر نسبت به نصف منزل خودش نافذ است نه نصف منزل بکر و به عقیدهٔ مقّر، بکر ظالم است و حقّ مقرّله را نمی‌دهد و تلف نصف از ملک خالد محسوب

می‌شود. ولی در ما نحن فیه آن نصف یا سه دانگی که در دست شریک است عین مال او که نیست بلکه به مقدار حصّهٔ مشاعهٔ او از کلّ زمین است که به عقیدهٔ مقّر، شخص ثالث هم در آن شرکت دارد (از این فراز به خوبی استفاده می‌شود که تقسیم صورت نگرفته و فعلاً هر کدام از نصف زمین بهره برداری می‌کنند.) منتهی چون شریک منکر است و بینّه‌ای بر اثبات شراکت فرد ثالث در میان نیست، در ظاهر شارع مقدّس اذن داده که منکر از تمام نصف استفاده کند و در نتیجه اگر اشاعه در کار است به عقیدهٔ خود مقّر، مقرّله با آنها سهم مساوی دارد پس این نصف را باید تنصیف کنند و آن $\frac{1}{6}$ که در دست منکر است و به اینها نمی‌رسد از هر دو تلف شده هم از مقّر و هم از مقرّله و معنی ندارد که تمام آن را از مال مقرّله حساب کنیم و ضرر به او برسد.

قوله: الّا علی احتمال:

فقط یک احتمال ضعیف هست که $\frac{1}{6}$ تلف از مال فرد ثالث محسوب شود و این احتمال مبتنی بر دو نکته است:

الف: همانطور که غصب به جزء معیّن تعلّق می‌گیرد (به این که غاصب نصف شمالیِ زمین کسی را به زور بگیرد و غصب کند.) هکذا به جزء مشاع هم تعلّق می‌گیرد (به این که ظالمی دست یکی از دو شریک را از زمین یا منزل شریکی کوتاه کند و خود با شریک دیگر از منافع آن استفاده کند.) این نکته قابل قبول است و محذوری عقلاً یا شرعاً ندراد. و خارجاً هم فراوان واقع می‌شود.

ب: تقسیم دو شریک مالک با یکدیگر یا با وکیل دیگری کاملاً صحیح است ولی آیا تقسیم با غاصب هم صحیح است یا نه؟ این احتمال مدّعی است که: آری تقسیم با غاصب هم صحیح است و اگر شریک با غاصب تقسیم کردند تمام آنچه بدست شریک می‌رسد مخصوص او است و خالص برای او است و آنچه به دست غاصب می‌رسد صد در صد ملک واقعیِ مغصوب منه است و ربطی به شریک ندارد و دلیل صحّت تقسیم دو امر است:

۱ـ عسر و حرج: این که بگوییم: شریکی که مالک است باید کماکان صبر کند تا غاصب کنار برود و حق تقسیم ندارد عسر حرج و مضیقه است و شریک حق دارد سهم خود را تقسیم کند پس به حکم قانون نفی حرج می‌گوییم: حقّ تقسیم دارد.

۲ـ سیره: در طول تاریخ سیره بر این بوده که شریک واقعی به غاصبین سهم خود را تقسیم می‌کرده‌اند و منعی نرسیده است. نتیجه این احتمال: در ما نحن فیه هم به عقیدهٔ مقّر، شریک دیگر، غاصب حقّ مقّرله است و حال می‌گوید: من کاری به شما ندارم و همین سه دانگ را تملّک می‌کنم و تقسیم مزبور شرعاً صحیح باشد آنگاه مقداری که در دست منکر اضافه بر حقّ او است (به عقیدهٔ مقّر) یعنی $\frac{1}{6}$ خالصاً ملک مقّرله می‌شود و تمام خسارت به او وارد می‌شود نه به مقّر.

ولی این احتمال ضعیف است و تقسیم با غاصب شرعاً درست نیست و دو دلیل مذکور هم قابل جواب است (امّا عسر و حرج: بقاء بر شرکت هم هر جا عسر و حرج نیست تا مجّوز صحّت تقسیم باشد، سیره هم معلوم نیست به زمان معصوم منتهی شود و مورد امضای آنان باشد.) پس کماکان تمام آن زمین علی الاشاعه میان شرکاء است و به عقیدهٔ مُقِر، مقّرله هم بطور مساوی سهیم است پس آنچه در دست مقّر است باید بطور مساوی تقسیم شود.

قوله: نعم:

تا به حال اصرار داشتیم بر این که نصف موجود در دست مقّر به طور مساوی تقسیم می‌شود و $\frac{1}{6}$ تالف هم از مال هر دو تلف می‌شود ولی حالا تبصره‌ای زده و می‌گوییم: مُقّر که تقصیری ندارد که خسارت را متحمل شود، این شارع مقدس است که در ظاهر (چون بیّنه‌ای به نفع مقّر نیست) اذن داده که منکر از تمام نصف استفاده کند و سهم مقّرله را به او ندهد آنگاه طبق اذن شرعی تلف صورت گرفته و تمام ضرر به مقّرله وارد می‌شود و $\frac{1}{6}$ از مال او تلف می‌شود و ربطی به مقّر ندارد. و این مورد فرق دارد با آنجائی که غاصبی صد متر از هزار متر مشاع را به ظلم وعدوان غصب کند که ضرر به هر دو شریک می‌خورد ولی در ما نحن فیه با اذن شارع بوده که به منکر اجازه داده تا در ظاهر، حق مقّرله را تصّرف کند و ضرر به مقّر وارد نمی‌شود.

قوله: ولعّله لذا:

و باب اقرار به نسبت هم شاهدی بر این مطلب است که اگر دو برادر هستند و هر کدام نصف ترکه را می‌برند ولی یکی از آندو اقرار کرد که برادر سوّمی هم دارند و ترکه باید اثلاثاً تقسیم شود، و برادر دیگر این امر را انکار کرد، در اینجا فقهاء نفرموده‌اند: آن

نصفی که در دست مقّر است بطور مساوی میان او و فرد ثالث قسمت شود و ضرر به هر دو وارد شود، بلکه فرموده‌اند: به مقّر مقدار حقّش ($\frac{2}{6}$ در مجموع بر فرض بودن برادر سوّم و یا $\frac{2}{3}$ از این ترکه) داده می‌شود و زائد بر آن یعنی $\frac{1}{3}$ نصف یا $\frac{1}{6}$ از مجموع ترکه به فرد ثالث داده می‌شود و تمام ضرر به فرد ثالث می‌خورد و $\frac{1}{6}$ با قیمانده راکه برادر دیگر تصاحب کرده سهم همین فرد ثالث را تصاحب کرده و ربطی به مقّر ندارد.

قوله: و لکن لا یخفی:

مرحوم شیخ تبصرهٔ مذکور را با شاهد مثالش ردّ می‌کنند، امّا اصل تبصره! این که شما احتمال دادید و گفتید: **یمکن ان یقال...** احتمال ضعیفی است چرا که مقّر خودش اقرار کرده و گفته: فلانی هم با ما دو نفر در این منزل شریک است و ثلث مشاع مال او است و به حکم «**اقرار العقلاء علی انفسهم نافذٌ**» شارع او را ملزم می‌کند که به مقتضای اقرارش با مقّرله معامله کند، و مقتضای اقرار این است که: همانطور که اگر یقین داشتیم کـه مـقّر راست می‌گوید، حکم به تنصیف و تقسیم مساوی می‌کردیم همچنین الان که یـقین بـه صدق او نداریم (در سایهٔ انکار و تکذیب دیگری نمی‌دانیم مقّر راست می‌گوید یا نه) باز به حکم اقرار باید نصف عین که در تصّرف مقّر است تنصیف شود. (اصولاً در فـرض علم به شرکت فرد ثالث یا قیام بینّهٔ شرعی یعنی شهادت عدلین و یا اقرار یکی از شرکاء به مشارکت فرد ثالث به نحو مشاع، این حکم هست که فرد ثالث به طور مساوی از مال سهم می‌برد.)

قوله: و امّا المنکر:

وظیفهٔ مقّر روشن شد که به مقتضای اقرارش با او معامله می‌شود و سهمی که نـزد او موجود است میان او و مقّرله قسمت می‌شود و امّا وظیفهٔ منکر: او اگر ما بین خـود و خدایش می‌داند که مقّرر است می‌گوید و فرد ثالث با آنها شریک است شرعاً در مقدار حصّه‌اش ($\frac{2}{6}$ از مجموع) حقّ تصرّف دارد و در زائد بر حصّه‌اش ($\frac{1}{6}$ از مجموع) تصرّفش حلال و جایز نیست و باید به مقّر و مقّرله برگرداند. (و اگر جاهل است که در ظاهر به حکم اصل برائت تصرّف او حلال است.)

قوله: و امّا مسألة الاقرار:

امّا شاهد مثال تبصره که از باب اقرار به نسبت بود: می‌فرمایند: گرچه مشهور همانگونه

فتوی داده‌اند که قبلاً ذکر شد (اذا اقّر بثالث دفع الیه الزائد عّما یستحّقه با عتقاده و هو الْثلث و لا ید فع الیه نصف ما فی یده...) و مرحوم ثقة الاسلام کلینی هم آن را از جناب فضل بن شاذان نقل کرده و نقل کلینی بگونه ایست که از آن استفاده می‌شود که کلینی ره به همان فتوای فضل اعتماد کرده و فتوای او را مثل روایت او قرار داده [1] (که برای دیگران هم حجّت باشد) ولی عدّه‌ای از متأخرین از کلینی و مانند او صریحاً فرموده‌اند: این سخن مخالف قاعده است (قاعده تنصیف است نه اعطاء زائد، حتّی جناب شهید ثانی در مسالک فرموده: اقوی این است که: در باب اقرار به نسبت نیز بر اشاعه حمل شود [2] و سبط شهید ثانی هم از ایشان پیروی کرده [3] و صاحب ریاض هم کذلک [4]

قوله: و الظاهر:

اگر بپرسید: با اینکه فتوای مشهور در باب اقرار به نسبت بر خلاف قاعده است مستند و مدرک آنان در این فتوی چیست؟ خواهیم گفت: مستند آنان پاره‌ای روایات ضعیفه است که با عمل اصحاب الحدیث از قبیل کلینی و فضل بن شاذان و دیگران جبران شده است و آن روایات عبارتند از:

۱ـ جناب شیخ صدوق به نحو مرسل و جناب شیخ طوسی به نحو مستند از ابوالبختری و وهب بن وهب از امام صادق علیه السلام از پدر بزرگوارش امام باقر علیه السلام نقل کرده‌اند که امام باقر فرمود: در زمان امام علی علیه السلام قضیّه‌ای پیش آمد و آن اینکه: مردی از دنیا رفته و چندین وارث بر جای گذاشت اگر یکی از ورثه اقرار کرد که پدر مرحوم‌شان بدهکاری داشته (ولی بقیّه منکر شدند) چه باید کرد؟ امام علی فرمود: همان وارثی که اقرار کرده از حصّهٔ او از ترکه باید دیون میّت ادا شود و نه از کلّ ما ترک (و سهم سایر ورثه که منکر هستند) و اگر دو نفر از ورثه اقرار به دَین کردند و هر دو عادل بودند شرعاً بیّنه درست می‌شود و شهادت آنها در حقّ سایر ورثه هم نافذ است و از کلّ ترکه باید دَین میّت پرداخته شود، و اگر آندو عادل نبودند از حصّهٔ خود آندو باید دَین میّت ادا شود و ربطی به بقیّهٔ ورثه ندارد (تا اینجا اقرار بر امر مالی بود) و اگر یکی از ورثه اقرار کرد که ما برادر یا خواهر دیگری هم داریم (اقرار به نسبت) باید از حصّهٔ مقّر، سهم مقّر له داده شود و

---

۱. الکاقی ج ۷ ص ۱۶۶
۲. مسالک ج ۲ ص ۱۴۵.
۳. نهایة المرام.
۴. ریاض المسائل ج ۲، ص ۲۴۶.

ربطی به دیگران ندارد[۱] (البته از این جملهٔ اخیر فتوای مشهور یعنی زائد بر حصّهٔ مقرّ مستفاد نیست و با اشاعه و تنصیف هم می‌سازد.)

۲ـ با سند مذکور باز هم نقل شده که امام علی«ع» فرمود: کسی که اقرار کند ما ورثه برادر دیگری هم داریم به حکم اقرار، آن فرد ثالث هم شریک در مال است ولی به صرف اقرار یک نفر، نسبت ثابت نمی‌شود و سایر احکام نسب مرتّب نمی‌شود. و اگر دو نفر اقرار کردند و عادل نبودند باز مقرّله شریک در مال است و اگر دو نفر عادل بودند هم از راه بینّه نسبت ثابت می‌شود و هم با بقیّه در ما ترک شریک هستند[۲] (باز از این روایت هم فتوای مشهور مستفاد نیست و با رأی اشاعه نیز می‌سازد). و کتاب قرب الاسناد دو روایت مذکور را از سندی بن محمد نقل کرده است.[۳] و تفصیل مطلب در جای خودش یعنی در کتاب میراث و اقرار باید مطرح شود.

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۴، ص ۴۰۲، باب ۲۶، حدیث ۵.
۲. آدرس قبلی حدیث ششم.
۳. آدرس قبلی حدیث ششم.

مسألهٔ بیع ما یُمْلَک و ما لا یُمْلَک

آخرین مسأله از مسائل بیع فضولی در مورد بیع ما یُمْلَک و ما لا یُمْلَک است یعنی بایع چیزی راکه شرعاً مالیّت دارد و قابل تملّک است با چیزی که شرعاً مالیّت ندارد و قابل تملّک نیست به یکدیگر ضمیمه کرده و هر دو را در یک معامله و به ثمن واحدی به دیگری بفروشد، مثلاً شراب و سرکه را با هم به هزار درهم بفروشد، یا خوک و گوسفند را با هم به ده هزار درهم بفروشد، یا انسان حرّی را با عبدی ضمیمه کرده و به بیست هزار درهم بفروشد،...و حکم چنین معامله‌ای چیست؟ قدر مسلّم نسبت به مقداری که شرعاً قابل تملّک نیست معامله باطل است زیرا یکی از شروط عوضین که به زودی خواهد آمد آن است که: هر دو مالیّت داشته باشند. و امّا نسبت به حصّه‌ای از مبیع که مالیّت دارد (سرکه، گوسفند، عبد) قصّه چیست؟ می‌فرمایند: نسبت به مقدار مملوک معامله صحیح است (حدّاکثر حق الخیار تبعّض صفقه برای مشتری درست می‌شود.) و برای این مدّعا به سه دلیل تمسّک می‌کنند:

۱.اجماع منقول: پاره‌ای از تعابیر ظهور در اجماع دارند مثل عبارت جامع المقاصد که کلمهٔ عندنا دارد. [۱] و برخی کلمات صریح در اجماع است مثل عبارت غنیه که کلمهٔ اجماعاً دارد.[۲]

۲. اطلاق مکاتبهٔ صفّار که می‌فرمود:«لا یجوز بیع ما لا یملک و قد وجب الشراء فیما یملک[۳]»

کیفیت استدلال: در فراز مذکور اگر کلمهٔ یملک بصورت فعل مجهول باشد. مستقیماً دلیل بر ما نحن فیه است و دلالت دارد که: در آن بخش که مملوک واقع نمی‌شود و قابل تملّک نیست معامله نافذ و صحیح نیست و در قسمتی که قابل تملک است معامله ثابت است. و اگر به صورت فعل معلوم باشد، مستقیماً دلیل بر بیع ما **یَمْلِک و ما لاٰ یَمْلِک** است که در دو مسألهٔ قبل مطرح بود ولی از اطلاق آن در این مسأله هم استفاده می‌کنیم به این بیان که: لا یجوز فیما لاٰ یِمْلک، کلمهٔ لا یملک یعنی مالک نیست و قضیّه سالبه هم به

---

۱. جامع المقدمات ج ۴ ص ۴۲۲. ۲. غنیه ص ۲۰۹.
۳. وسائل الشیعه ج ۱۲ ص ۲۵۲ حدیث اوّل.

انتفاء محمول صدق می‌کند یعنی چیزی مالیّت دارد و قابل تملّک هست ولی فعلاً بایع مالکِ آن نیست و هم به انتفاء موضوع صدق می‌کند یعنی چیزی که اصلاً مالیّت ندارد و قابل تملّک نیست. آنگاه به حکم اطلاق این جمله می‌گوییم: در آن چیزی که بایع مالِک آن نیست (خواه مالیّت داشته باشد و ملک دیگری باشد و بایع نسبت به آن فضولی باشد و خواه اصلاً مالیّت نداشته باشد.) معاملاتش نافذ نیست. و در آن بخشی که مالک است (که قهراً مالیّت هم داشته و قابل تملّک هم بوده که فعلاً مالک شده) معامله نافذ است. حال به بیان مزبور از اطلاق مکاتبه استفاده می‌کنیم.

قوله: (دعوی:

اگر کسی بگوید: اطلاق مکاتبه به فرض سالبه به انتفاء محمول منصرف است یعنی صورتی که چیزی مالیّت دارد و قابلِ تملّک است ولی فعلاً ملک بایع نیست و مالِ دیگری است که در دو مسألهٔ قبل مطرح بود، و ربطی به مسألهٔ ما ندارد. منشأ انصراف: (یا غلبه است که در خارج اغلب قضایای سالبه از نوع سالبهٔ به انتفاء محمول هستند. و یا) خصوصیّت مورد است که مورد مکاتبه بیع قریه است و لا شک در اینکه کلّ قریه مالیّت دارد (چه اراضِی مواتِ آن، چه اراضی مُحْیات و چه موقوفات و چه مفتوحة عنوة و...) منتهی بخشی از آن ملک بایع است و برخی ملک دیگران است که بایع غصب کرده و برای خود می‌فروشد، و این خصوصیّت مورد آن، اطلاق جواب امام‌علیه‌السلام را تفسیر می‌کند و حمل بر سلب به انتفاء محمول می‌کند. (متن روایت صفّار: قال کتبت الی ابی محمّد الحسن بن علی العسکری‌علیه‌السلام فی رجل باع قریة و انّماله فیها قطاع ارضین فهل یصلح للمشتری ذلک و قد اقرله بکلها؟ فوقّع‌علیه‌السلام: لا یجوز بیع مالیس یملک و قد وجب الشراء علی ما یملک[1]) مرحوم شیخ می‌فرماید: این دعوا ممنوع است (زیرا وجهی برای انصراف نیست، امّا غلبه: کراراً گفته شده که صرف غلبه خارجی موجب انصراف نیست و اما خصوصیت مورد قانون این است العبرةُ بعموم الجواب لابخصوص السئوال، یعنی عموم یا اطلاق جواب امام ارزش دارد نه خصوصیّت سؤال، سؤال معمولاً از مورد خاصّی است ولی جواب امام‌علیه‌السلام قاعدهٔ کلّی است. پس به اطلاقش اخذ می‌شود.

---

۱. و سائل الشیعه ج ۱۲ ص ۲۵۲ حدیث اوّل

۳ـ نه تنها دو دلیل خاص (اجماع و نصّ) در ما نحن فیه قابل جریان است بلکه مانعی از جریان قاعدهٔ صحّت و لزوم هم نیست (قاعدهٔ صحّت از آیهٔ احّل اللّه البیع مستفاد است که دّال بر صحّت امضائیِ بیع است و اطلاق آیه نسبت به مقدار مملوک کمبودی ندارد. و قاعدهٔ لزوم از آیهٔ اوفوا بالعقود مستفاد است که به عمومش عقد مزبور را نسبت به بعض مملوک شامل است.)

قوله: عداما یقال:

تنها مانع از جریان قاعدهٔ صحت و لزوم آنست که: تراضِی طرفین بر مجموع مملوک و غیر مملوک با هم بوده و تعاقد (ایجاب و قبول طرفینی) هم بر مجموع واقع شده و مقصود طرفین مجموع من حیث المجموع است، و فرض اینست که شارع مقدس مجموع را امضاء نکرده (فما قصد لم یقع) و اینکه بگوییم: شارع نسبت به بعض مملوک معامله را امضاء کرده، اشکالش اینست که: جزء مملوک مقصود طرفین نبوده (استقلالاً مقصود نیست آری در ضمن مجموع و به تبع کلّ مقصود است) تا صحیح باشد (و ما وقع لم یقصد) و کبرای کلّی هم اینست که: «**العقود تابعةٌ للقصود.**» پس اگر بخواهیم نسبت به بعض مملوک، حکم به صحت معامله بکنیم باید دلیل دیگر داشته باشیم و عموم «**اوفوا بالعقود**» کافی نیست (چون می‌گوید: به عقدتان وفا کنید و عقد بر مجموع بوده نه بعض) و عموم «**المؤمنون عند شروطهم**» کافی نیست (چون می‌گوید: به شرطها و تعهّدات و التزامهای خود وفادار باشید و تعهّد نسبت به مجموع بوده نه بعض) و اطلاق «**تجارةً عن تراض**» هم کافی نیست (چون تراضی بر مجموع بوده نه بعض تنها).

قوله: و لذا:

روی همین اشکال مذکور فقهاء فتوی داده‌اند به اینکه: اگر در ضمن عقد شرطی کردند و شرط فاسد در آمد نه تنها واجب الوفا نیست و خودش فاسد و باطل و بی‌اثر است بلکه مفسدِ عقد هم هست (به همین دلیل که مقصود عقد با این شرط بود یعنی مشروط با شرطش، مقیّد بما هو مقیّدٌ، و قیدش بر کنار شده و مشروط بدون شرط هم که مقصود نبوده تا صحیح باشد.) محقّق ثانی در باب شرط فاسد به این اشکال تنبّه داده و هما نجا فرموده فرقی میان شرط فاسد و جزء فاسد نیست پس اگر نسبت به جزء هم معامله باطل

بود باید نسبت به کلّ باطل باشد.[۱]

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما فعلاً وارد این مباحث نمی‌شویم و جای این بحثها در کتاب خیارات در باب شروط است و در اینجا همین اندازه اشاره می‌کنیم که: جزء فاسد با شرط فاسد فرق دارد و آن اینکه: در مورد جزء فاسد که ما نحن فیه باشد نص و اجماع داشتیم که نسبت به بخش مملوک معامله صحیح است ولی در مورد شرط فاسد چنین نص و اجماعی نداریم. پس به عقیدهٔ ما هم نسبت به مملوک معامله صحیح است.

قوله: نعم:

به طور کلّی نسبت به صحّت و بطلانِ معامله در مقدار مملوک سه احتمال وجود دارد:

۱ـ مطلقاً صحیح باشد (و هو المشهور و المختار که تا به حال ذکر شد.)

۲ـ مطلقاً باطل باشد.

۳ـ قول به تفصیل: اگر مشتری جاهل بود و نمی‌دانست که برخی از مجموع مالیّت ندارد و خیال می‌کرد تمام آن مالیّت دارد و اقدام کرد، در این صورت معامله نسبت به مملوک صحیح است. و اگر عالم بود و اقدام کرد در این فرض نسبت به مملوک هم باطل است به این دلیل که فرض علم مشتری منجر به جهل مشتری به ثمن می‌گردد (زیرا خودش هم می‌داند که بخشی از مبیع مالیّت ندارد و طبعاً مقداری از ثمن بر می‌گردد به مشتری و امّا مقداری که در مقابل مملوک قرار می‌گیرد و به بایع می‌رسد چقدر است؟ این را نمی‌داند.) و جهالت چه نسبت به ثمن و چه مثمن و چه هر دو باعث می‌شود که بیع غرری گردد و بیع غرری هم شرعاً فاسد و باطل است. این دلیل را شهید در مسالک آورده[۲] و علامّه نیز در تذکره فرموده: حکم به بطلان در فرض علم مشتری دور از صواب و حق نیست[۳].

قوله: و یمکن:

مرحوم شیخ از این تفصیل دو جواب می‌دهند:

۱ـ ما هم قبول داریم که باید طرفین علم به ثمن و مثمن داشته باشند وگرنه غرری و باطل است، ولی می‌گوییم: آن اندازه از علم که لازم و شرط صحّت است، علم به قیمت

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۴۳۲. ۲. مسالک، ج ۳، ص ۱۶۳.
۳. تذکرة، ج ۱، ص ۵۶۵.

مجموع مبیع است و امّا علم به ارزش اجزاء مجموع جداگانه لازم نیست زیرا اجزاء را جداگانه که خریداری نمی‌کند، مجموع را می‌خرد و نسبت به مجموع مبیع علم به ثمن دارد و قصد طرفین هم معامله بر مجموع است نه بر یکایک اجزاء، البته فروشنده و خریدار می‌دانند که شارع نسبت به مجموع معامله را امضاء نخواهد کرد، و شرعاً مشکل دارد ولی عرفاً کمبودی ندارد و قصد نقل و انتقال هم متمّشی است. و آن بیع غرری که شرعاً باطل شده آنجائی است که: معامله قطع نظر از حکم شارع غرری باشد و موضوع درست شود تا حکم به بطلان بیاید و در ما نحن فیه قطع نظر از حکم شارع غرری نیست چون قیمت مجموع روشن شد و پس از حکم شارع به بطلان نسبت به بخش غیر مملوک، غرر درست می‌شود و حکم که موضوع درست کن نیست. پس ما نحن فیه از آن باب نیست.

۲ـ قوله: مع انّه:

بر فرض که تفصیل مذکور را بپذیریم و میان فرض علم و جهل مشتری فرق بگذاریم می‌گوییم: چرا در فرض علم حکم به بطلان معامله بکنیم بلکه حکم به صحت کرده و می‌گوییم: در این صورت تمام ثمن در مقابل همین بخش مملوک واقع می‌شود و غرری هم لازم نمی‌آید، و دلیل وقوع ثمن در برابر مملوک آنست که: مشتری خودش اقدام به ضمانت کرده و به عهده گرفته که کلّ ثمن را بپردازد، آنهم با توجّه به اینکه علم داشت که بخشی از مبیع مالیّت ندارد و بدست او نمی‌رسد، چنین اقدام با علمی در حقیقت اقدام بر ضمان مملوک تنها است در قبال کلّ ثمن و نوبت به بطلان بیع نمی‌رسد.

قوله: کما صرّح:

از قضا مرحوم شهید اوّل هم در برخی از حواشی خودش به این مطلب تصریح کرده و فرموده: حکم به صحّت نسبت به مملوک و تقسیط ثمن مخصوص به فرض جهل مشتری به عین مبیع است و گرنه با علم به عین مبیع، کلّ ثمن در مقابل مملوک واقع می‌شود، زیرا پر واضح است که قصد بخش غیر مملوک وجودش کالعدم است و ارزشی ندارد.[1]

---

۱. به نقل مفتاح الکرامة، ج ۴، ص ۲۰۹.

قوله: لکن ما:

این فراز استدراک از جواب ثانی و کلام شهید است: اینکه بگوییم کلّ ثمن در مقابل بخش مملوک واقع می‌شود اگر چه با فتوای فقهاء در باب بیع غاصب با مشتریِ عالم مناسب است که فرموده‌اند: اگر مشتری می‌دانست که بایع غاصب است و معذلک اقدام کرد و با او معامله نمود و ثمن را هم تقدیم کرد، این ثمن ملک بایع می‌شود و تسلیط مجّانی است. و لازمهٔ این مطلب آنست ک در ما نحن فیه هم کلّ ثمن ملک بایع شود و آن حصّه از ثمن که در برابر غیر مملوک است به مشتری عود نکند، چرا که یا کلّ ثمن در مقابل مملوک است چنانچه شهید فرمود، و یا آن بخش از ثمن که در مقابل غیر مملوک است مجّاناً به بایع تعلّق می‌گیرد. چنانچه جامع المقاصد فرموده[1] پس جواب ثانی با این فتوی مناسب است و لکن قبلاً گفتیم که اصل این حکم و فتوی در باب بیع غاصب با مشتریِ عالم صحیح نیست و با قواعد مطابقت ندارد (منظور قانون معاوضهٔ حقیقیّه است که مثمن از ملک هر کس خارج شد ثمن به ملک همان فرد منتقل شود و معنی ندارد که مثمن از مالک اصلی به مشتری منتقل شود ولی ثمن به دست غاصب برسد.) ولی سخن شهید اوّل با فتوای مشهور مخالف است چون مشهور در ما نحن فیه حکم به تقسیط ثمن کرده‌اند نه اینکه بگویند: کلّ بذل یعنی مال مبذول به ازاء مملوک واقع شود.

قوله: ثم انّ:

حال بر فتوای مشهور که معامله نسبت به مملوک صحیح است و ثمن هم تقسیط می‌شود و قسطی از آن که در برابر غیر مملوک است به مشتری بر می‌گردد، این سؤال مطرح است که: طریقهٔ تقسیط ثمن چیست؟ می‌فرماید: طریق همان است که در دو مسألهٔ قبل یعنی بیع ما یَمْلِکْ و ما لایملک ذکر شد که: نخست هر کدام از مملوک و غیر مملوک را جدا جدا قیمت می‌کنیم سپس دو قیمت بدست آمده را با هم جمع می‌کنیم و سپس هر کدام را با این مجموع می‌سنجیم و نسبتها مشخص می‌شود و به همان نسبت از ثمن المسمّٰی به بایع می‌دهیم و بخشی هم به مشتری عود می‌کند.

---

۱. جامع المقاصد، ج ۴، ص ۸۲.

قوله: لکن:

و لکن طریق مذکور در ما نحن فیه مبتلا به یک اشکال است و آن اینکه: اساساً بخش غیر مملوک شرعاً مالیّت ندارد و قابل تقویم نیست تا آن را جداگانه قیمت کنیم، پس چگونه می‌فرمائید: هر بخشی جدا قیمت می‌شود؟ در جواب اشکال می‌فرمایند: راهش اینست که: اگر حرّ و عبد را ضمیمه کرده و فروخته و می‌خواهیم قیمت غیر مملوک را بدست آوریم می‌گوییم: این انسان حرّ با همین صفاتی که دارد (کاتب، خیّاط و...) اگر عبد بود چه مقدار قیمت داشت؟ و بدین وسیله قیمت او را بدست می‌آوریم، یا اگر شراب و سرکه را ضمیمه کرده و فروخته، یا خنزیر و گوسفند را ضمیمه کرده و فروخته، برای تشخیص قیمت شراب یا خنزیر، می‌گوییم: بالاخره کفّار که برای اینها مالّیت و ارزش قائل هستند و لذا باید دید نزد کفّار این شراب یا خوک چقدر ارزش دارد و بدین وسیله قیمت آن را به دست آورد، و اگر بپرسید: از کجا بفهمیم که نزد کفّار اینها چه قیمتی دارند؟ می‌گوییم: از راه شهادت دو نفر عادل که سابقهٔ کفر دارند و یکماه قبل کافر بودند و حالا مسلمان و عادل هستند و از قیمت واقعی اینها نزد کفّار خبر دارند و یا در مجاورت کفّار زندگی می‌کنند و می‌دانند که نزد آنها فلان مقدار شراب چه قیمتی دارد، و بدین وسیله از قیمت واقعیِ آنها باخبر می‌شویم.

قوله: و یشکل:

و لکن باز هم در یک فرض مشکل پیدا می‌کنیم و آن فرض جهل است یعنی اگر بایع خیال می‌کرد که اینها هر دو سرکه یا گوسفند هستند و به این عنوان فروخت و بعد کشف خلاف شد و معلوم شد که بخشی از آن شراب و یا خنزیر بوده، در اینجا چه کنیم؟ اگر بگوئید: باز شراب و خنزیر را جدا جدا قیمت می‌کنیم. خواهیم گفت: فرض اینست که: بایع به این عنوان آنها را نفروخته بلکه به عنوان سرکه یا گوسفند فروخته، و لذا بعض از فقهاء جزماً فتوی داده‌اند به اینکه: در این فرض بخش شراب را هم به عنوان سرکه قیمت می‌کنیم یعنی اگر سرکه بود چه مقدار ارزش داشت، اگر گوسفند بود چقدر ارزش داشت و... ملاک اینست.

مسألهٔ ولایت پدر و جدّ پدری

آخرین شرط از شروط متعاقدین عبارت بود از اینکه: متعاقدین یا باید هر دو مالک اصلی باشند و یا وکیل از سوی مالک باشند و یا ولّیِ مالک بوده و اذن شرعی داشته باشند و متفرّع بر این شرط، آن بود که: پس بیع فضولی صحیح نیست و تا به حال مبسوطاً دربارهٔ بیع فضولی بحث کردیم. اینک به اصل شرط مذکور بر می‌گردیم و می‌گوییم: اگر متعاقدین هر دو مالک اصلی باشند تکلیف روشن شد و قطعاً با وجود سایر شروط، معاملهٔ آندو نافذ است. و اگر وکیلین باشند باز مطلب همان است و شروط وکیل و احکام آن در کتاب وکالت مطرح است. و فعلاً سخن در اولیاء تصرّف است: کسانی که شرعاً ولایت دارند و شرعاً حقّ تصرّف در اموال دیگران دارند و شارع مقدّس برای آنان جعل ولایت نموده، پنج گروه هستند:

۱ـ پدر و جدّ پدری

۲ـ وصّیِ پدر یا جدّ

۳ـ حاکم شرع یا فقیه عادل و مجتهد جامع الشرائط

۴ـ کسی که از ناحیهٔ ولّیِ فقیه بر تصرّف در مالی منصوب شود و متولّیِ امری شود

۵ـ عدول مؤمنین و حتّی فسّاقِ از مؤمنان.

فعلاً سخن در ولایت پدر و جدّ پدری است: مادر و جدّ مادری ولایت ندارند، بر خلاف تصوّری که برخی از عوام دارند برادر بزرگتر هم پس از مرگ پدر حقّ تصرّف و ولایت ندارد. و ولایت و جواز تصرّف، مخصوص پدر و جدّ پدری است، پدر و جدّ هم بر مال فرزندی که کبیر شده و به سنّ بلوغ رسیده ولایت ندارند و فرزند، خود صاحب اختیار است. و فعلاً سخن از ولایت پدر وجّد بر اموال طفل صغیر است باز در این رابطه مسائلی مطرح است از قبیل جواز اقتراض پدر وجدّ از اموال طفل که در ضمن بحثهای آینده، بدان اشاره خواهد شد. و جواز اخذ از مال فرزند (صغیر یا کبیر) به مقدار قوت و ما یحتاج پدر وجدّ پدری که در ضمن روایات خواهد آمد،

و فعلاً سخن از بیع و شراء است: آیا پدری یا جدّ پدری حق دارند در اموال طفل تصرّف کرده و متاع طفل را برای او بفروشند یا با پول طفل متاعی را برای او خریداری

کنند یا چنین ولایتی ندارند؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: اصل مسأله جواز چنین تصرّفی و ولایت داشتن پدر و جدّ بر بیع و شراء مال طفل، مسّلم است و جای بحث ندارد و ادّلهٔ این ولایت و جواز عبارتند از:

۱ـ اجماع

۲ـ قبل از اجماع (مکّرر ذکر شد که هر کجا مرحوم شیخ: تعبیر بـه قـبل الاجـماع می‌کنند، بدان معنا است که اجماع یک دلیل مستقّلی نـیست و مسـتند اصـلی اخـبار و روایات است و اگر همهٔ فقهاء فتوی داده‌اند و مسأله اجماعی شده به اسـتناد روایـات است و در حقیقت اجماع مدرکی است. ولی هر کجا تعبیر به بعد الاجماع می‌کنند، بدان معنا است که اجماع یک دلیل مستقّل است و مـدرکی نـیست و عـلاوه بـر آن اخـبار و روایات هم داریم.) اخبار مستفیضه‌ای (خبر واحدی را که از سه روایت متجاوز بـاشد ولی به حّد تواتر نرسد، خبر مستفیض گویند.) داریم که در ابواب مختلف وارد شده (از قبیل اخبار تقویم جاریهٔ ابن که در ادامه بدان اشاره خواهد شد و اخبار بابِ و صیّت که مشتمل بر جواز تصرّف وصّی در اموال طفل است و اخبار تجارت کردن با مال یتیم و اخباری که می‌گوید مال و لد برای والد حلال است و در ادامه خواهد آمد.) و این اخبار صریحاً بر جواز تصّرف پدر و جّد پدری در مال طفل دلالت دارند.

۳ـ این مسأله مسّلم است که در باب نکاح، پدر و جدّ و لایت و سلطنت بر تزویج صغیره دارند و هر کدام می‌توانند دختر بچهٔ صغیره را به عقد ازدواج کسی در آورند، و وقتی آنها ولایت بر امر نکاح صغیره داشته باشند پس به طریق اولی ولایت بـر امـوال صغیر داشته و حق دارند در آن تصّرف کنند و آن را برای طفل بفروشند یا با آن برای طفل متاعی خریداری کنند، و وجه اولوّیت آنست که: مسألهٔ نکاح به مراتب مهمتر از مسأله بیع و شراء در مال طفل است و اگر نکاح با همهٔ اهمیّت و حیاتی بودنِ آن مورد ولایت اَبْ و جدّ است پس اموال طفل به طریق اولی محّل ولایتِ آندو خواهد بود.

قوله: و المشهور:

حال که اصل ولایت پدر و جدّ بر اموال طفل محرز شد و جواز تصّرف به بیع و شـراء مدلّل گردید این سؤال مطرح می‌شود که: آیا پدر و جدّ مطلقاً ولایت دارند، چه عـادل باشند یا فاسق؟ یا تنها در فرض عادل بودن چنین ولایتی دارند؟ به عبارت دیگـر: آیـا

عدالت شرط جواز و نفوذ و صحّتِ تصرّفات پدر و جدّ است؟ یا عدالت شرطیّت ندارد؟ دو وجه در مسأله وجود دارد:

۱ـ مشهور فقهاء عدالت را معتبر ندانسته و فرموده‌اند: پدر و جدّ چه عادل باشند و چه فاسق حقّ دارند در اموال طفل بیع یا شراء انجام دهند و ولایت در امور مالی دارند، به چند دلیل:

الف: اصل (منظور اصل عدم اشتراط عدالت است که وقتی شک در اشتراط و عدم آن پیدا کردیم نوبت به اجرای این اصل می‌رسد.)

ب: اطلاقات اخبار و روایات که در فراز بعدی (لزوم مراعات مصلحت و عدم آن) خواهد آمد که این روایات به قول مطلق فرموده: خود فرزند و مال او برای پدر است و پدر حقّ تصرّف در آنها دارد و قید نکرده که اگر پدر عادل باشد این حق را دارد و اگر فاسق باشد مجاز نیست.

ج: از علاّمه در تذکره[1] نقل شده که در باب تزویج اجماعی است که پدر و جدّ فاسق هم بر امر تزویج صغیره ولایت دارند، آنگاه اگر در باب نکاح برای پدر فاسق ولایت جعل شده پس در باب امور مالی و بیع و شراء اموال طفل که برای طفل از حیث اهمیّت به آن پایه نیست، به طریق اولی این ولایت ثابت است. در نتیجه عدالت در این ولایت شرط نیست.

۲ـ ابن حمزه از قدماء در کتاب وسیله[2] و فخر الدین از متأخّران در کتاب ایضاح[3] با مشهور از درِ مخالفت در آمده و مدّعی شده‌اند که عدالت شرطیّت دارد و پدر و جدّ پدری اگر عادل باشند چنین ولایتی دارند و اگر فاسق باشند حقّ تصرّف ندارند و فخر الدین در ایضاح برای مدّعای خویش چنین استدلال کرده: فلسفهٔ جعل ولایت برای پدر و جدّ یا دیگران بر اطفال و مجانین آن است که: این دستجات قدرت دفاع از خویش و اموال خویش ندارند و نمی‌توانند دیگران را از اموال خویش صرف و دفع کنند و از ما یملک خویش حراست نمایند و به مرز استقلال و خود کفائی نرسیده‌اند و دارای رشد عقلانی نشده‌اند و لذا فعلاً نیاز به قیّم و ولیّ دارند و باید کسانی باشند که اینها را تحت

---

۱. تذکرة الفقهاء ج ۲، ص ۵۹۹.
۲. الوسیلة ص ۲۷۹.
۳. ایضاح الفوائد ج ۲، ص ۶۲۸

پوشش چتر حمایتیِ خود قرار دهند و از آنان دفاع نمایند و چونان امینی پارسا امانت داری کنند و پس از رسیدن به حدّ بلوغ و رشد، اموال آنان را در اختیار خودشان بگذارند.

حال که اصل تشریع ولایت بدین منظور است می‌گوییم: از محالات وقوعی است و از حکمت خداوندی به دور است که شخص فاسقی را امین بر اموال طفل قرار دهد و برای او جعل ولایت کند و اختیار اموال طفل را به او بسپارد و بدنبال امین شدنِ فاسق، خبرهای او مورد قبول واقع شود و اگر خبر داد که چنین و چنان کرده‌ام، بدون چون و چرا و اقامهٔ شهود به خبرهای او اعتماد شود، هرگز خدای حکیم چنین نمی‌کند مخصوصاً با توجّه به اینکه قرآن مجید هم بر خلاف این امر (جعل ولایت برای فاسق و اطمینان و اعتماد به او) تصریح کرده است. در نتیجه: قدر مسلّم این است که پدر و جدِّ عادل چنین ولایتی دارند و اگر فاسق باشند چنین ولایتی ندارند و اگر بعداً فاسق شوند از ولایت، خود به خود عزل می‌شوند.

در اینکه منظور فخر الدین از نصّ قرآنی کدام آیه است؟ برداشتهای مختلفی شده مثلاً مرحوم محقّق اصفهانی فرموده: منظور آیهٔ نبأ است که می‌فرماید: «ان جائکم فاسق بنبأٍ فتبیّنوا...» ولی مرحوم شیخ به پیروی از محقّق ثانی در جامع المقاصد می‌فرمایند: شاید منظور آیهٔ رکون به ظالمین باشد که می‌فرماید: «و لا ترکنوا الی الّذین ظلموا فتمسّکم النار» که این آیه از رکون و اعتماد به ظلمه و ستمگران نهی فرموده است و فاسق هم ظالم است (ظلم به نفس کرده) پس خود خدا فرموده به فاسقین اعتماد نکنید، آنگاه چگونه ممکن است خود خداوند رکون به ظالم کرده و برای فاسق جعل ولایت کند؟!

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: دلالت آیه بر مدّعای شما (اعتبار عدالت) محلّ تأمل و نظر است (زیرا اوّلاً به احتمال قوی مراد از الّذین ظلموا در آیه، ظَلَمَه و طواغیت و ستمگران هستند و ربطی به فاسق و گناهکار و ظالم به نفس ندارد. و ثانیاً بر فرض این جمله، فاسق را هم شامل شود نظیر آنچه در آیهٔ امامتِ ابراهیم مطرح است که فرموده: لا ینال عهدی الظّالمین و بزرگان فرموده‌اند این ظالمین اعمّ از ظالم به غیر و ظالم به نفس است.

ولی مسأله جعل ولایت برای پدر یا جدّ فاسق از مورد نهی در آیه خارج است زیرا

آیه از رکون و میل به ظالم نهی کرده که کمترین مرتبهٔ حبّ و دوستی را لا اقلّ دارد و منظور آیه این است که: ستمگران را دوست ندارید، تمایل و گرایش به سمت انان پیدا نکنید، فاسقین را دوست نداشته باشید. ولی جعل ولایت برای فاسق نه عین رکون و میل به او و دوست داشتن او است و نه ملازمه دارد با رکون و میل به فاسق، پس مشمول آیهٔ رکون به ظالم نیست، و شاهد عدم عینیّت و استلزام آن است که: خداوند برای کفّار هم علی الخصوص کفّار ذمّی جعل ولایت کرده و آنها هم بر اموال خویش سلطنت و مالکیّت و ولایت دارند و تصرّفات آنها نافذ است، در حالی که به ذهن احدی خطور نکرده که این جعل ولایت به معنای میل و رکون خداوند بـه کـافران و مستلزم دوست داشتن آنها باشد.)

قوله: واضعف منها:

ضعیفتر از استناد به آیهٔ مزبور، سخن دیگر فخر الدین در ایضاح است کـه فـرمود: از حکمت خدای حکیم به دوراست که فاسقی را امین بر مال طفل قرار دهد و چون خلاف حکمت است پس از محالات است و از خداوند حکیم صادر نمی‌شود. مرحوم شیخ می‌فرماید: وجه اضعف بودن این سخن آن است که: راه دارد و می‌توان جلو حیف و میل فاسق را گرفت به اینکه هرگه حاکم شرعی از قرائن حالیّه متوجّه شد که پدر طفل بی‌راهه می‌رود و از اموال طفل بدرستی استفاده نمی‌کند او را عزل می‌کند و جلو تصرّفات او را در مال طفل می‌گیرد و تا مادامی که خلاف ثابت نشده کماکان ولایت پدر و جدّ باقی است و اگر هم حاکم شرعی شک کرد استعلام می‌کند و از ولیّ طفل می‌خواهد که بیلان کارش را بدهد، مقداری در احوالات او تحقیق و تتبّع می‌کند تا بـه نـتیجه‌ای برسد. اینها مطالبی بود که محقّق ثانی در جامع المقاصد آورده و ما نیز قبول داریم.

پس، از جعل ولایت برای پدر یا جدّ فاسق هیچ محذور و خلاف حکمتی پیش نمی‌آید تا بر خدای حکیم محال باشد. (به ویژه اینکه عاطفهٔ پدری و جدّی و قرابت داشتن هم هست که موجب‌می‌شود پدر و جدّ بیشتر از دیگران حال طفل را مراعات کنند و به ویژه اگر پدر یا جد در یک حرام معیّن فاسق هستند که هیچ ربطی به امانت داری آنها ندارد و از کذب وخیانت تحرّز و اجتناب دارند، با این جهاتِ مثبت، جعل ولایت برای آنها بلامانع است.)

(نکته: در عبارت مکاسب کلمهٔ اختلاف حال ابی الطفل دارد که تا به حال بر این اساس عبارت را معنا کردیم ولی در نسخهٔ مرحوم ایروانی کلمهٔ اَبْ ندارد و اختلاف حال الطفل است و در توضیح آن فرموده‌اند: لعلّ المراد من اختلاف حال الطفل رؤیة آثار ضیق المعاش علیه من هزال جسمه و تغیّر بدنه ورثّة لباسه ممّا یکشف عن عدم مراعاة الولیّ له فی مأکله و ملبسه و التضییق علیه، او انّ المراد اختلاف حاله فی ثروته.)

قوله: و هل یشترط:

تصرّف در اموال طفل به بیع و شراء سه فرض دارد:

۱ـ گاهی این تصرّف برای طفل مصلحت دارد و به نفع او است مثلاً متاعی را به بیش از ثمن المثل بفروشد یا با پول طفل کالای ارزشمندی را با قیمت ارزان خریداری کند و... .

۲ـ و گاهی بیع یا شراء به نفع طفل نیست و مصلحت ندارد ولی به فساد او هم نیست یعنی ضرر هم ندارد بلکه صرف عدم مفسده است. مثلاً کالای کودک را به قیمت واقعیِ آن بفروشد و هیچ ضرورتی در این بیع نباشد.

۳ـ و گاهی این تصرّف نه تنها به نفع کودک و به صلاح مالِ او نیست بلکه به حال او ضرر دارد. مثلاً متاعی را به کمتر از ثمن المثل بفروشد یا با پول کودک جنسی را گران خریداری کند و به طفل لطمه وارد شود. حال اصل ولایت پدر و جدّ بر اموال طفل محرز شد و عادل بودن هم شرط نشد،

ولی فعلاً سخن در این است که آیا در صحّت و نفوذ تصرّفات ولیّ و بیع و شراء او مراعات مصلحتِ طفل لازم است و تنها در این فرض ولایت دارد و با مراعات مصالح کودک تصرّفات او نافذ است؟ یا قدری دایرهٔ ولایت پدر و جدّ وسیعتر است و ملاک عدم مفسده می‌باشد یعنی لازم نیست در این بیع یا شراء مصلحتی باشد بلکه کافی است که مفسده‌ای نداشته باشد و به محض عدم مفسده، تصرّفات جایز است؟ و یا باز هم دایرهٔ ولایت آنها گسترده‌تر بوده و حتّی با وجود مفسده و ضرر هم حقّ تصرّف در اموال طفل دارند و نه مراعات مصلحت لازم است و نه وجود عدم مفسده شرط است؟

در مسأله سه وجه وجود دارد که دلیل هر کدام ذیلاً عنوان می‌شود:

دلیل وجه سوّم: اطلاقات برخی از اخبار و روایات دلالت دارند بر اینکه پدر و جدّ

مطلقاً ولایت دارند و حتّی اگر مفسده و ضرری هم در میان باشد باز حقّ تصرّف دارند و در واقع اطلاقات سه فرد دارند:

۱ـ فرض وجود مصلحت

۲ـ فرض وجود مفسده

۳ـ فرضی که نه مصلحت باشد و نه مفسده، اینک بیان برخی از این اطلاقات:

الف: روایت سعد بن یسار که می‌فرماید: مال فرزند برای پدر است [۱]

ب: حدیث نبوی مشهور که می‌فرماید: انت و مالک لا بیک [۲]

ج: صحیحهٔ محمد بن مسلم که می‌فرماید: پدر می‌تواند از اموال فرزند آنچه را که بخواهد، بردارد و استفاده کند [۳]

د: روایت محمّدبن سنان از امام رضا که می‌فرماید: فلسفهٔ اینکه شرعاً مال فرزند برای پدر حلال شده، آن است که خود ولد، هبه و عطیّهٔ الهی بر پدر است که خداوند او را به پدر هبه کرده و قرآن می‌فرماید: «**یهب لمن یشاء اناثاً و یهب لمن یشاء الذکور** [۴]» یعنی خدا است که به هرکس بخواهد دختر و جنس مؤنث هبه می‌کند و به هرکس که بخواهد جنس مذکّر عطا می‌کند. [۵] و واضح است که وقتی خود فرزند هبهٔ الهی بر پدر است پس به طریق اولی اموال فرزند نیز هبهٔ بر پدر است و پدر حق دارد در اموال طفل تصرّف کند.

هـ: اخبار و روایات تقویم جاریه هم مؤیّد مطلب است که دلالت دارند بر اینکه پدر می‌تواند جاریهٔ طفل را قیمت کرده و برای خودش بر دارد و به خودش تملیک کند. [۶]

کیفیّت استشهاد به تمام این اخبار: در هیچکدام از روایات فوق سخن از مراعات مصلحت یا حدّاقل وجود عدم المفسده مطرح نشد بلکه به طور مطلق فرمود: وَلَدْ و مالش برای پدر و جدّ است و آنها حقّ تصرّف دارند خواه در این تصرّف مفسده‌ای باشد و به حال طفل ضرر داشته باشد یا خیر.

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۶، باب ۷۸، حدیث ۴.
۲. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث ۲.
۳. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث اوّل.
۴. سورهٔ شوری / ۴۹
۵. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۷، حدیث ۹.
۶. اخبار وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸، حدیث ۳.

قوله: و لکن الظاهر:

دلیل وجه دوّم: در این بخش سه دلیل می‌آورند مبنی بر اینکه با وجود مفسده و ضرر تصرّف جایز نیست و حدّاقلّ عدم مفسده لازم است و لو وجود مصلحت لازم نباشد:

الف: روایات: در بعضی روایات اباحه و جواز تصرف پدر و جدّ در اموال طفل قیدی دارد و مطلق نیست مثلاً در روایت حسین ابن ابی العلا[1] آمده: به امام صادقعليه‌السلام عرض کردم: از مال فرزند چه مقدارش برای پدر حلال است؟ حضرت فرمود: قُوت و غذای پدر بدون اسراف و زیاده روی (که مفسده دارد) آنهم فقط در فرض حاجت و نیاز و اگر مضطّر شد حقّ دارد از مال فرزندش استفاده کند (و اگر نیازمند نباشد جایز نیست) راوی گوید: به امامعليه‌السلام عرض کردم: پس قول رسول خدا را چه می‌فرمائید که مردی پدرش را به خدمت حضرت آورده بود... و رسول خدا به او فرمود: اَنْتَ و مالک لا بیک؟ (این قول که اطلاق دارد و تقییدی به حاجت و اضطرار در میان نیست، پس چگونه شما تقیید فرمودید؟) امام عليه‌السلام فرمود: قضیّه‌ای که از رسول خداصلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم نقل کردی از این قرار است که مردی دست پدرش را گرفته و نزد رسول خداصلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم آورده بود و عرض کرد یا رسول اللّهصلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم این پدر من است و در مورد میراثی که از مادرم به من رسیده بود، در حقّ من ظلم کرده و آنها را استفاده کرده است. پدر این مرد عرض کرد: یا رسول اللّهصلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم من ارثیّهٔ فرزندم را در راه نفقهٔ او و خودم خرج کرده‌ام، اینجا بود که پیامبرصلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم فرمود انت و مالک لا بیک، و مالی نزد آن مرد نبود حال آیا صلاح بود که رسول خدا پدر را به خاطر پسر زندانی کند؟! (عقل چنین اجازه‌ای می‌دهد؟!) پس اصلاً مورد حدیث موردی بود که در راه نفقه مصرف شده بود و فعلاً هم مالی نبود و در چنین موردی فرمودند: انت و مالک لا بیک، پس باید مورد حاجت باشد و اسرافی هم نباشد.

یا مثلاً در روایت ابو حمزهٔ ثمالی از امام باقرعليه‌السلام[2] می‌خوانیم: رسول خدا صلى‌الله‌عليه‌وآله‌وسلم فرموده: انت و مالک لا بیک، سپس امامعليه‌السلام فرمود: ما خاندان دوست نمی‌داریم که پدر مطلق العنان باشد و از اموال فرزند هرچه خواست اخذ کند مگر آن مقداری که احتیاج و نیاز دارد و قوام زندگی‌اش به آن است و چاره‌ای از آن نیست. سپس امامعليه‌السلام به آیه

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۷ـ ۱۹۶، باب ۷۸، حدیث ۸.
۲. وسائل الشیعه ج ۱۲، ص ۱۹۵ باب ۷۸، حدیث ۲.

استشهاد کردند که می‌فرماید: انّ الله لا یحبّ الفساد[۱] کیفیت استدلال، ممکن است کسی بگوید: اینکه امام فرمود: ما دوست نمی‌داریم... ظهور در حرمت ندارد بلکه دالّ بر کراهت است یعنی مکروه است که پدر بیش از مقدار نیاز از مال فرزند بردارد ولی استشهاد امام به آیه این توهم را دفع می‌کند و دلالت دارد که بیش از مقدار نیاز و ضرورت، تصرّف در مال طفل جایز نیست زیرا قطعاً منظور خداوند این نیست که خداوند فساد را دوست ندارد یعنی فساد جایز ولی مکروه است، خیر فساد جایز نیست و مبغوض است، به این قرینه سخن امام علیه السلام هم که فرمود: لا نحبّ منظور حرمت است یعنی بیش از مقدار نیاز حق ندارد در مال طفل تصرّف کند.

نتیجه از تعابیری که در دو روایت حسین بن علاء و ابو حمزهٔ ثمالی بود به این نتیجه می‌رسیم که: تصرّفاتی که دارای مفسده باشد و به حال طفل ضرر داشته باشد در اموال طفل جایز نیست، پس ولالت پدر و جدّ با مراعات عدم مفسده ثابت است.

ب: عموم آیهٔ شریفه که می‌فرماید: و لا تقربوا مال الیتیم الّا بالّتی هی احسن[۲] در اینکه مراد از اَحْسَنْ در آیه چیست؟ دو احتمال وجود دارد که در مسألهٔ ولایت عدول مؤمنان خواهد آمد و فعلاً بنا را بر این می‌گذاریم که مراد از حُسْنْ عدم مفسده باشد. با این بنا کیفیّت استدلال به آیه چنین است: این آیه می‌گوید: ای اولیاء تصرّف حق ندارید در مال یتیم تصرّف کنید مگر آنگونه تصرّفی که در آن مفسده‌ای نباشد و این آیه جدّ پدری را هم شامل است زیرا یتیم کسی است که پدر نداشته باشد و لو جدّ پدری داشته باشد، آنگاه به حکم اطلاق آیه، جدّ پدری وقتی ولایت دارد و تصرّف او نافذ است که به ضرر طفل نباشد. البتّه آیه به دلالت مطابقی پدر را شامل نیست چون اگر پدر باشد که فرزند یتیم نیست و لا تقربوا مال الیتیم معنا ندارد. ولی به ضمیمهٔ عدم الفصل و اینکه کسی میان جدّ و پدر فرق نگذاشته حکم پدر هم روشن می‌شود و آن اینکه: پدر هم وقتی تصرّفش نافذ است که به ضرر طفل نباشد و مفسده‌ای در کار نباشد.

ج: ادّعای اجماع هم شده مبنی بر اعتبار و اشتراط عدم مفسده در جواز تصرّف پدر و جدّ در اموال طفل.

---

۱. سورهٔ بقره / ۲۰۵

۲. سورهٔ انعام / ۱۵۲ و اسراء / ۳۴.

قوله: بل فی مفتاح:

شواهدی بر وجه اوّل که لزوم مراعاتِ مصلحت باشد: تا به حال سخن از مراعات عدم مفسده بود ولی حالا قدمی فراتر گذاشته و ترقّی کرده و می‌گوییم: نه تنها عدم مفسده معتبر است بلکه از کلمات بزرگان مستفاد است که وجود مصلحت لازم است و پدر و جدّ باید در تصرّفات خویش این جهت را مراعات نمایند و هر کاری که برای طفل مصلحت دارد انجام بدهند و گرنه تصرّفات آنان نافذ نخواهد بود. اینک نقل سخنان اعاظم:

صاحب مفتاح الکرامة[1] به پیروی از استادش مرحوم کاشف الغطاء در شرح قواعد[2] از کلمات فقهاء استنباطِ اجماع کرده و فرموده: ظاهر این است که فقهاء جواز تصرّفات ولی را منوط بر مراعات مصلحت کرده‌اند. مرحوم شیخ هم می‌فرماید: این استنباط اجماع بعید نیست، چراکه وقتی به فتاوای بزرگان مراجعه می‌کنیم می‌بینیم نوعاً تصریح به لزوم مصلحت کرده‌اند و بعضاً ادّعای نفی خلاف و اجماع کرده‌اند و گاهی ادّعای نفی خلاف میان همهٔ مسلمین کرده‌اند:

مثلاً شیخ طوسی در مبسوط تصریح کرده به منوط بودن تصرّف ولیّ بر مراعات مصلحت، آنجاکه فرموده: کسانی که امور صغار و مجانین را به عهده می‌گیرند و متولیّ می‌شوند و شرعاً ولایت دارند پنج دسته هستند:

۱ـ پدر

۲ـ جدّ پدری

۳ـ وصیِّ پدر یا جدّ

۴ـ حاکم شرع

۵ـ کسی که از ناحیهٔ حاکم برای تصرّفات منصوب شود و حاکم وی را به این کار امر نماید. سپس فرموده: تمام این پنج گروه تصرّفاتشان در اموال طفل و مجنون صحیح و نافذ نیست مگر بر وجه احتیاط و مراعات خط و مصلحتِ صغیر، زیرا اساساً فلسفهٔ جعل ولایت برای آنان و نصب آنان بر این امر، همان مراعات مصالح طفل و مجنون است بنابر این اگر یکی از اینها در مال صغیر تصرّفی بکند که به مصلحت صغیر نباشد و در آن

---

۱. مفتاح الکرامة ج ۴، ص ۲۱۷. ۲. شرح قواعد خطی ورقه ۷۱.

خط سودی برای طفل نباشد تصرّفش باطل است، چراکه نقض غرض بوده و بر خلاف آن چیزی است که ولیّ برای آن منصوب گشته است.[۱]

ابن ادریس حلّی در کتاب سرائر فرموده: تصرّفات ولیّ در مال طفل جایز و نافذ نیست مگر در محدودهٔ مراعات مصلحت یعنی تنها تصرّفاتی که در آن صلاح مال طفل باشد و سود این کار به طفل بر گردد نه به شخص تصرّف کننده (ولیّ یا دیگران) صحیح است. و این آن مطلبی است که اصول و قواعد مذهب ما آن را ایجاب می‌کند.[۲] (چون اصل اوّلی آن است که هیچکس حق ندارد بدون رضای دیگران در اموالش تصرّف کند، و تصرّف پدر یا جدّ یا دیگر اولیاء تصرّف، در اموال طفل و غیره بر خلاف اصل مذکور است و در اموری که خلاف اصل باشد به قدر متیقّن اکتفا می‌شود و آن جواز تصرّف در فرض مصلحت و نفع است.)

از جمله کسانی که صریحاً مراعات مصلحت را عنوان کرده‌اند مرحوم محقّق اوّل[۳] و علاّمه[۴] و شهید اوّل[۵] و شهید ثانی[۶] و محقّق ثانی[۷] و دیگران هستند. بلکه فاضل هندی در شرح لمعه (المناهج السوّیه فی شرح الروضة البهیّة فی شرح اللمعة الدمشقیّه) فرموده: متقدّمین از فقهاء نه تنها حکم به اعتبار و اشتراط مصلحت را لازم دانسته‌اند بلکه آن را تعمیم داده و پدر و جدّ را هم استثناء نکرده‌اند (که بدان معنی است که مطلقاً باید اولیاء تصرّف وجود مصلحت را در نظر بگیرند.) مفتاح الکرامة از عبارت علاّمه در تذکره در کتاب حَجْر این طور استنباط کرده که در مسأله لزوم مراعات مصلحت میان مسلمین اعم از شیعه و سنّی اختلافی نیست و همگان آن را لازم می‌دانند.

و از مرحوم شهید اوّل در حواشیِ ایشان بر قواعد علاّمه این مطلب حکایت شده که قطب الدین از علاّمه، اوّل این مطلب را نقل کرده که علاّمه فرموده همانطوری که اقتراض (پدر یا جدّ از مال طفل مبلغی را به عنوان قرض بردارد) جایز است که مستلزم جواز اتلاف مال طفل است (چون قرض را مصرف می‌کند وای چه بسا تا آخر عمر هم

---

۱. مبسوط ج ۲، ص ۲۰۰.
۲. سرائر ج ۱، ص ۴۴۱.
۳. شرایع ج ۲، ص ۷۸.
۴. قواعد ج ۱، ص ۱۲۵.
۵. دروس ج ۳، ص ۳۱۸.
۶. مسالک ج ۳، ص ۱۶۶.
۷. جامع المقاصد ج ۴، ص ۸۷.

نتواند از عهده بر آید) پس باید بیع مال طفل به کمتر از ثمن المثل هم جایز باشد و چه مانعی دارد که این بیع به کمتر از قیمت واقعی نازل منزلهٔ آن اقتراض باشد؟!

سپس قطب الدین فرموده: همین علاّمه ره در جواز بیع مذکور توقّف کرده چون معتقد بوده که این بر خلاف فتوای اصحاب است و وی قدرت و جرئت بر مخالفت با اصحاب ندارد. (محّل شاهد همین جملهٔ اخیر است و البته از عبارت اخیر بیش از مراعات عدم مفسده چیزی مستفاد نیست ولی مدّعای ما لزوم مراعات مصلحت بود و شاهدی هم که از عبارات آوردیم در این راستا بود.)

قوله: ولکن الاقوی:

تا به حال وجوه و شواهدی برای هر سه وجه (مصلحت، عدم مفسده، مفسده) آوردیم، و امّا عقیدهٔ خود مرحوم شیخ آن است که: مراعات مصلحت لازم نیست و عدم المفسده کفایت می‌کند یعنی همین اندازه که این تصرّفات به ضرر طفل نباشد جایز و صحیح است، گر چه به نفع او هم نباشد (نه سودی دارد و نه زیانی) و بسیاری از اساطین فقه از معاصرین ما نیز همین رأی را دارند و عمده دلیل ما بر مدّعای مذکور، جمع میان دو طایفه از روایات است که قبلاً ذکر شد، طایفهٔ اوّل مطلقات بود که هر سه فرض را شامل می‌شد و دلالت داشت که حتّی با وجود مفسده و ضرر هم تصرّفات جایز است. طایفهٔ دوّم مقیّدات بود که فقط فرض اخیر را خارج می‌کرد و از تصرّفی که به ضرر طفل تمام شود منع می‌کرد و بیش از این دلالتی نداشت و جمع میان این دو دسته آن است که اگر مصلحت باشد تصرّفت جایز است و اگر عدم المفسده باشد (نه مصلحت دارد و نه مفسده) باز تصرّف نافذ است و تنها در فرض وجود مفسده و ضرر، تصرّف جایز و نافذ نیست.

قوله: و امّا الآیة:

گویا کسی می‌گوید: شما که مراعات مصلحت را لازم نمی‌دانید و عدم مفسده را کافی می‌دانید، پس آیهٔ شریفه را چه جواب می‌دهید که می‌گوید: و لا تقربوا مال الیتیم الاّ بالتّی هی احسن، و کلمهٔ احسن افعل التفضیل است و ظاهرش آن است که تصّرف فقط باید به نحو احسن و بهتر باشد یعنی برای طفل مصلحت داشته باشد، و این بر خلاف رأی شما است. این آیه را چگونه تفسیر و تحلیل می‌کنید؟ مرحوم شیخ از این آیه سه پجواب

می‌دهند:

اوّلاً اصل دلالت آیه را بر لزوم مراعات مصلحت قبول نداریم (زیرا به زودی در مسألهٔ ولایت عدول مؤمنین خواهد آمد که در کلمهٔ احسن دو احتمال وجود دارد:

۱ـ معنای افعل تفضیلی داشته باشد که نتیجه‌اش لزوم مراعات مصلحت است

۲ـ به معنای حُسْنْ باشد که ثلاثی مّجرد است و حُسْن هم به معنای عدم مفسده باشد که نتیجه‌اش مدّعای مرحوم شیخ است و اذا جاء الاحتمال بطل الاستدلال.)

ثانیاً بر فرض که آیه بر لزوم مراعاتِ مصلحت دلالت کند می‌گوییم: آیهٔ شریفه عاّم است و به عموم یا اطلاقش همهٔ اولیای تصرّف (به استثنای پدر) و از جمله جّد پدری را شامل است ولی به حکم روایات فراوان، عموم آیه به باب جّد تخصیص خورده و جّد از این حکم بیرون رفته و در آنجا تنها عدم مفسده کفایت می‌کند، زیرا ادّله و اخباری که می‌گوید: جّد بر امر نکاح صغیره و لایت دارد و اینجنین علّت می‌آورد که دختر و پدر دختر هر دو مالِ جّد و پدر دختر هستند[1] و یا قول پیامبر که مـی‌فرماید: انت و مـالک لابیک که جد هم پدر انسان است[2] و مخصوصاً روایتی که در آن امامعليه‌السلام در رابطه با نافذ بودن نکاح جدّ بدون اذن پدر، به قول پیامبرصلى‌الله‌عليه‌وآله استناد می‌کند و در مقام ردّ بعض العامّه چنین استنادی می‌کند[3] و غیر از اینها از روایات دیگر تماماً دلالت دارند بر اینکه مورد جدّ مراعات مصلحت لازم نیست و عدم مفسده هم کفایت می‌کند. پس به برکت اخبار فراوان جدّ از عموم آیه خارج شده و پدر هم که اصلاً مشمول آیه نیست و باید از روایات حکمش دانسته شود و روایات هم چنانچه گفته آمد (در جمع میان مطلقات و مقیدّات) بربیش از مراعات عدم مفسده دلالت ندارند.

ثالثاً بر فرض بپذیریم که آیهٔ شریفه مبتلا به تخصیص نگشته و جّد از عـموم آیـه خارج نشده بلکه داخل در حکم آیه است و در مورد جّد هم مراعـات مـصلحت لازم است، ولی باز می‌گوییم، حکم مذکور مخصوص جّد است و شامل پدر نمی‌شود و در مورد پدر دلیلی بر لزوم رعایت اصلح نداریم و همان عدم المفسدة کافی نیست.

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۴ ص ۲۱۹ باب ۱۱ حدیث ۸

۲. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۹۵، باب ۷۸. ۳. وسائل، ج ۱۴، ص ۲۱۸، باب ۱۱، حدیث ۵.

قوله: و دعوی:

اگر شما بگوئید: حکم جّد را از آیه بدست می‌آوریم و حکم پدر را از راه عدم القول به فصل بدست می‌آوریم یعنی می‌گوییم، کسی قائل به فصل نشده و حکم پدر را از جّد جدا نکرده پس در مورد پدر هم مراعات مصلحت معتبر است. ما در جواب می‌گوییم: این ادّعای عدم فصل را قبول نداریم بلکه از برخی متأخر المتأخرین حکایت شده که در مسأله اقتراض قائل به فصل شده‌اند و گفته‌اند: در فرض متمکن بودن نه پدر و نه جّد پدری هیچکدام مجاز نیستند از مال طفل مبلغی را قرض بگیرند ولی در فرض نیاز و عدم یُسر (در مضیقه بودن) پدر حق دارد قرض بر دارد ولی جّد پدری مجاز نیست.

نتیجه: اقّلاً در مورد پدر این مطلب مسلّم شد که مراعات مصلحت لازم نیست و با فرض عدم مفسده تصرّفات او نافذ است و البته در مورد جّد هم ما همین ادّعا را داریم به بیانی که در اوّلاً و ثانیاً گذشت.

قوله: ثمّ لا خلاف:

آیا ولایت پدر و جّد پدری (ولو جّد دوّم و سوّم و... باشد) در عرض هم می‌باشد یا در طول هم؟ به دیگر سخن آیا پدر و جّد در ولایت مشارکت دارند و با وجود پدر هم جّد ولایت دارد و تصرّفش نافذ است؟ یا مشارکتی نیست و با بودنِ پدر نوبت به جّد نمی‌رسد و ولایت جّد بر فرض نبود پدر است؟ می‌فرماید ظاهراً خلافی نیست در اینکه ولایت آندو در عرض هم است و مشارکت دارند و اگر جّد سبقت گرفت و دختر را به عقد کسی در آورد نکاحش نافذ است و نوبت به پدر نمی‌رسد و اگر هم پدر، دختر را به عقد دیگری در آورد نکاحش باطل است و هکذا در بیع و شراء،

و دلیل مطلب روایاتی است که می‌گوید: خود شخص و آنچه مال او است که از جملهٔ آنچه مال می‌باشد همان اموال فرزند او است همهٔ اینها مال پدر آن شخص است (که نسبت به فرزندان شخص، جّد محسوب می‌شود.) و روایاتی که می‌گوید: خود وَلِدْ و پدر وَلَدْ هر دو مال جّد هستند پس با وجود پدر هم جّد ولایت دارد و فرقی میان جّد اوّل و دوّم و... نیست و کلمهٔ جّد تمام آن‌ها را شامل است.

قوله: و لو فُقد الاب:

اگر پدر از دنیا رفته ولی پدر پدر و جّد پدر که نسبت به طفل جّد اوّل و دوّم محسوب

می‌شوند در قید حیات هستند، آیا ایندو مثل پدر و جدّ (در فراز قبلی) هستند و در حکم مشارکت دارند و در عرض هم ولایت دارند و هر کدام سبقت گرفتند همان نافذ است؟ یا در این فرض ولایت مخصوص جدّ اوّل است و با وجود او نوبت به جدّ دوّم نمی‌رسد و تصرّفات او نافذ نیست، آری با مرگ جدّ قریب، جدّ بعید هم ولایت پیدا مـی‌کند؟ در مسأله دو قول مطرح است:

۱ـ آری باز هم مشارکت دارند چون روایاتی که می‌گوید: فرزند و پدر فرزند هر دو مال جدّ هستند اطلاق دارد و شامل جدّ قریب و بعید، ادنٰی و اعلٰی هر دو مـی‌شود و فتوای جماعتی همین است.

۲ـ خیر، ولایت مخصوصِ جدّ اوّل است به دلیل آیهٔ اولوالارحام که می‌فرماید: و اولوالارحام بعضهم اولی ببعض [1] یعنی صاحبان رحم و منسوبین و اقرباء انسان یکسان نیستند بلکه برخی از بعضی دیگر اوّلویت دارند یعنی نزدیک اولای از دور است پس با وجود قریب نوبت به بعید نمی‌رسد و او ولایت ندارد.

قوله: و خرج:

اگر کسی بگوید: پس چرا در فرعِ قبلی و در رابطه با ولایت اب و جّد بـه آیـه اسـتناد نکردید و ولایت را مخصوصِ پدر ندانستید بلکه مشارکت و در عرض هم بودن را اختیار کردید؟ خواهیم گفت: علی القاعده همین بود ولی باب پدر و جّد از آیهٔ او لوا الارحام خارج شده است و قطعاً مشارکت دارند ولی بقّیه در عموم آیه باقی هستند.

قوله: و لیس المراد:

اگر کسی بگوید: در آیهٔ شریفه کلمهٔ اَوْلیٰ آمده که افعل تفضیلی است و بدان معنا است که با وجود قریب هم، بعید و لایت دارد ولی قریب سزاوارتر است و بهتر است که او متصّرف باشد (مثل این که زید عالم است و بکر اعلم است یعنی هر دو در مبدء علم شریکند ولی یکی علمش بیشتر است.) هر دو در مبدء ولایت مشارکت دارند ولی قریب اَوْلٰی است. مرحوم شیخ می‌فرماید: اولویّت در آیه اولویّت تفضیلی نیست بلکه اولویّت تعیینی است (کما اینکه در باب ارث به حکم همین آیه با وجود طبقهٔ اوّل نوبت به طبقات

---

۱. سورهٔ انفال / ۷۵.

بعدی نمی‌رسد نه اینکه طبقهٔ بعد هم ارث می‌برد ولی طبقهٔ اوّل اولویت دارد. یا در باب تجهیز میّت می‌گویند: اَوْلی بمیراثه اولی با حکامه یعنی هر کس تقدم در ارث دارد اولای به احکام میّت است و معیّناً خود او باید تجهیز میّت را به عهده بگیرد یا به دیگری اذن دهد.) و نظیر «**فلانٌ احَق بالامر من فلانٍ**» است که معیّناً استحقاق فلان را دلالت دارد نه اینکه دیگری هم سزاوار است ولی فلانی سزاوارتر است. و محقق ثانی[1] شهید ثانی[2] فاضل سبزواری هم اولویّت را تعیینی گرفته‌اند. و ولایت را مخصوص جدّ قریب دانسته‌اند.

---

۱. جامع المقاصد، ج ۵، ص ۱۸۷. ۲. مسالک، ج ۷، ص ۱۷۱.

مسألهٔ ولایت فقیه عادل

از جملهٔ اولیاء تصرّف که ولایت بر تصرّف در اموال طفل داشتند، پدر و جدّ پدری بود با حدود و شرطی که گذشت. و از جملهٔ کسانی که ولایت دارند و شرعاً مجاز هستند در اموال اشخاص که شرعاً استقلال در تصرّف در اموال خودشان ندارند (از قبیل صغار، مجانین، سفهاء، و در یک کلام افراد غُیَّبْ و قُصَّرْ یعنی کسانی که غیبت منقطعه پیدا کرده و هیچ اثری از آنها نیست یا کسانی که قصور دارند و تصرّفات آنها در مال خودشان هم نافذ نیست.) تصرّف کنند، حاکم شرع است و منظور از حاکم شرع، فقیه جامع الشرائط است یعنی مجتهدی که تمام شرائط فتوی دادن را واجد است (از مرد بودن، شیعه بودن، عادل بودن و...) چنین کسی بر موارد مذکور ولایت دارد و از آن به ولایت فقیه تعبیر می‌شود. (البته از دیدگاه مرحوم شیخ در صدر این مسأله، ولایت فقیه محدود به تصرّفات در اموال صغار و مجانین و... می‌باشد ولی مبانی دقیق دیگری هم وجود دارد که ولایت مطلقه برای فقیه قائل است و در ادامه خواهد آمد.)

قوله: و قدر أینا:

مرحوم شیخ می‌فرماید: به اینجا که رسیدم مناسب دیدم که مناصب فقیه را در اسلام بیان کنیم و تقاضای اکثر حضّار مجلس درس و بحث را اجابت کنم: فقیه جامع الشرائط دارای سه منصب است:

۱ـ منصب اوّل از مناصب فقیه، منصب اِفتاء است، فقیه جامع الشرائط حقِّ افتاء دارد و می‌تواند فتوی بدهد و مسائل و احکام شرعیّهٔ عوام را برای آنها بیان کند و اگر فتوی داد، باید عامی از آن متابعت کند و فتوای فقیه در حقّ او حجّت است و مورد فتوی دادن عبارتست از:

الف: مسائل فرعیّه یعنی قضایائی که متکفّل احکام تکلیفیّه و وضعیّه است و بیان حلال و حرام می‌کند.

ب: موضوعات مستنبطه اعمّ از موضوعات شرعی مثل عبادات و موضوعات عرفی مانند غناء و غیبت و... که بیان حدّ و مرز این موضوعات هم بر عهدهٔ فقیه است، فقیه باید حدود جهاد و امر به معروف و... را بیان کند، فقیه باید بگوید که غناء بر کلام حق نیز

صادق است یا مخصوصِ کلام باطل و لهوی است؟ و غیر فقیه نمی‌تواند در این مسائل موضوع شناس باشد. و هدف فقیه از بیان حدود موضوع آنست که بدنبالش حکم شرعی بر آن مترتّب شود و از این زاویه موضوع شناسی می‌کند نه از زاوایای دیگر.

به اعتقاد ما بی‌شک چنین منصبی (اِفتاء) برای فقیه ثابت است و تنها عدّهٔ قلیلی از دانشمندان (فقهاء حلب) و از اخبار ییّن، تقلید را جایز ندانسته و آن را حرام می‌دانند و منکر چنین منصبی هستند، وگرنه عموم فقهاء شیعه طرفدار جواز تقلید و نفوذ فتوی هستند، ضمناً بحث درباره حدود و شرائطِ اِفتاء و کمّ و کیف آن مربوط به باب اجتهاد و تقلید است و از بحث ما بیرون است.

۲ـ منصب دوّم از منصبهای فقیه، منصب حکومت و قضاوت و فصل خصومت است که طبق روایات، مردم شیعه در مرافعات و منازعات مالی و غیره باید به فقیه عادل مراجعه کنند و حق ندارند به طاغوت و حاکم جور مراجعه کنند، و فقیه هم باید عادلانه آنچه می‌فهمد و تشخیص می‌دهد، بر طبق همان حکم کند و شیعیان هم باید بدان راضی باشند و حقّ ندارند آن را ردّ کنند. و نیز در غیر منازعات هم فقیه عادل حکم دارد، مثلاً اگر کسی مفلّس شده فقیه حکم به محجوریّت او می‌نماید. یا حکم به دخول هلال شوّال «مثلاً» می‌نماید و این گونه امور از شؤون حاکم اسلامی رولّی فقیه است.

منصب قضاوت و حکومت هم برای فقیه عادل ثابت است و کسی در اصل آن مخالفت نکرده، امّا فی الجمله یعنی با قطع نظر از شرائط و خصوصیّات مسأله، و امّا تفصیل مطلب از لحاظ شروط حاکم و محکوم به و محکوم علیه، مربوط به کتاب قضاء و شهادات است و فعلاً از بحث ما خارج است.

۳ـ منصب سوّم از مناصب فقیه، منصب ولایت داشتن بر اموال و جانهای دیگر و تصرّف در اموال و اَنْفُسْ می‌باشد، آیا فقیه جامع الشرائط حق دارد شرعاً در اموال دیگران دخل و تصرف کند، مال کسی را مصادره کند؟ جلو ثروتهای باد آورده را بگیرد؟ کالاهای انبار شدهٔ کسی را بفروشد؟ اموال او را به دیگری هبه کند؟ زوجهٔ کسی را طلاق بدهد؟ و... یا چنین حقّی ندارد؟ بحث ما فعلاً در همین قسم است و تحت عنوانِ ولایتِ فقیه مطرح است:

قوله: فنقول:

ولایت (مالک و متولّی چیزی بودن و سر پرستی کردن و زمام امر چیزی یا کسی بر عهدهٔ والی بودن) بر اموال یا انفس دیگران دو شعبه دارد و به دو نحو قابل تصوّر است:

۱ـ ولایت استقلالی: یعنی ولّی (پیامبر باشد یا امام یا فقیه جامع شرائط) مستقّلاً حقّ دخل و تصرّف دارد و می‌تواند در مال یا جان دیگران تصرّف کند، قطع نظر از اینکه دیگران هم استقلال در تصرّف داشته باشند یا آنها استقلال در تصرّف نداشته باشند و تصرّف آنها منوط به اذن فقیه باشد. و در حقیقت بازگشت این قسم به اینست که: رأی و نظر ولّی، سبب و علّت تامّهٔ جواز تصرّفات او است که اگر اراده کرد حتماً حق تصرف دارد.

۲ـ ولایت غیر استقلالی: یعنی غیر از ولّی، دیگران اگر بخواهند در مالی تصرّف کنند، حتماً باید با اذن فقیه باشد و آنها استقلال در تصرّف ندارند، باز با قطع نظر از اینکه خود فقیه استقلال در تصرّف داشته باشد یا نه، و بازگشت این قسم به آنست که: رأی و نظر فقیه و اذن او شرطیّت دارد و تا نباشد تصرّف صحیح نیست. و از حیث مورد، میان دو شعبهٔ مذکور رابطهٔ عموم و خصوص من وجه وجود دارد:

مادّهٔ اجتماع هر دو شعبه یعنی اینکه فقیه استقلال در تصرف داشته باشد و دیگران چنین استقلالی نداشته باشند عبارتست از تصرّف در اموال مجهول المالک و تصدّق آن، تصرّف در اموال قاصرین (صغار، مجانین و سفهاء) که در اینگونه موارد فقیه استقلال دارد ولی دیگران استقلال ندارند و باید با اذن فقیه تصرف کنند.

مادّه افتراق از ناحیهٔ قسم اوّل یعنی فقیه مستقّل در تصرّف باشند مثل باب زکات و مصرف آن در مصارف خودش که هم فقیه استقلال و بسط ید دارد و می‌تواند آنها را از مالکین مطالبه کرده و اخذ کند و به اهلش برساند و هم خود مالکِ مال زکوی می‌تواند زکات مالش را جدا کرده و به مستحّقینِ آن برساند.

مادّه افتراق از ناحیه قسم دوّم یعنی قسم ثانی باشد و دیگران استقلال در تصرّف نداشته باشند و منوط به اذن حاکم باشد ولی قسم اوّل نباشد یعنی استقلال فقیه نیست و خود فقیه هم مستقیماً و مستقّلاً حقّ دخالت ندارند، بلکه کار را دیگری انجام می‌دهد ولی با اذن حاکم شرع، مثل تقّاص که خود فرد ذیحق می‌تواند تقاص کند و به مقدار دین

از اموال بدهکار بر دارد ولی برای جلوگیری از هرج و مرج، باید این کار را با اذن فقیه عادل انجام دهد.

قوله: ثم انّه:

مواردی که اذن فقیه معتبر است و دیگران اگر بخواهند تصرّف کنند حتماً باید با اذن ولّی باشد، این اذن در تصرّف به سه نحو متصوّر است:

۱ـ گاهی بر وجه استنابه و توکیل است یعنی فقیه عادل کسی را وکیل بر فلان کار قرار می‌دهد و فلانی از ناحیهٔ حاکم، وکیل در امور مالی و غیره می‌شود.

۲ـ و گاهی بر نحو تفویض و تولیت است یعنی فقیه عادل کسی را متولّیِ کاری می‌گرداند و او را بر آن کار منصوب می‌نماید مثل تعیین متولّی و سر پرست موقوفات، تعیین قیّم برای صغار و... .

(فرق توکیل و تولیت در اینست که: با موت فقیه وکالت و نیابت خود به خود فسخ می‌شود ولی تولیت کماکان باقی است و تا عزلی از سوی فقیه جدید و ولی بعدی صورت نگیرد، از بین نمی‌رود.)

۳ـ و گاهی صرفاً به نحو رضایت باطنی است یعنی احراز کنیم که فقیه راضی است، مثلاً شخصی از دنیا رفته و ولی و سر پرستی هم ندارد در اینجا یا باید خود فقیه جامع الشرائط بر او نماز بگذارد و یا دیگران احراز کنند که فقیه راضی است که آنها نماز بخوانند. (از سه فرض مذکور قسم اوّل و دوّم از شؤون ولایت استقلالی است و سوّمی از شؤون ولایت غیر استقلالی.)

قوله: اذا عرفت:

حال که این مقدّمه را دانستی و با دو قسم ولایت استقلالی و غیر استقلالی آشنا شدی وارد اصل مطلب می‌شویم: نخست تأسیس اصل می‌کنیم: اصل اوّلی آن است که جز ذات متعالِی خداوند که ولایت ذاتیّه دارد و خالق ما است و ولی نعمت حقیقیِ ما است و همهٔ هستی و کمالات هستیِ ما از او است هیچکس بر دیگری ولایت ندارد و هیچ کس حق ندارد در مال و جان دیگری بدون رضایت و طیب نفس دیگری تصرّف کند و این اصل مستفاد از عمومات وارده در روایات است که می‌فرماید: **لا یحلّ مال امرءٍ الّا بطیب نفسه، الناس مسلّطون علی اموالهم، لا تکن عبد غیر و قد جعلک اللّه حرّاً و...** که از اینها به

وضوح استفاده می‌شود که انسانها بر جان و مال خویش سلطنت دارد و هیچکس حق ندارد بدون طیب نفس آنها در مال و جان آنها تصرّف کند، از این اصل اوّلی دو مورد قطعاً خارج شده و دو گروه هستند که ولایت دارند و تصرف در مال و جان مردم برای آنـها تشریع و جعل شده و آندو عبارتند از: ۱ـ پیامبران ۲ـ امامان، و گروه سوّم یعنی فقهای جامع شرائط مورد بحث است که در ادامه خواهد آمد. امّا ولایت پیامبر و امام: در رابطه با ولایت پیامبر و امام در چهار مقام بحث می‌شود:

۱ـ ولایت تکوینی: پیام آوران الهی و حافظان این پیام و ادامه دهندگان خطّ انـبیاء یعنی ائمه علیهم‌السلام ولایت تکوینی دارند و باذن الله قدرت تصرّف در کائنات دارند و می‌توانند کارهای خارق العاده‌ای را در خارج انجام دهند، معجزات انبیاء که در قرآن هم نقل شده از این باب است، موسای کلیم باذن اللّه عصا را بر دریا می‌زند و دوازده راه باز می‌شود، یا بر سنگ می‌کوبد و دوازده چشمه می‌جوشد، یا عصا را بدل به اژدها می‌کند و... یـا عیسای مسیح باذن اللّه مرده‌ها را زنده می‌کند و کور مادر زاد را شفا می‌دهد و... یا رسول اکرم شقّ القمر می‌کند و دهها معجزهٔ دیگر، و نیز کرامات فراوانی که از امامان معصوم علیهم‌السلام نقل شده است و دلیل بر ولایت تکوینیِ آنها است. و این قسم از ولایت حتمی است و جای مذاکره دربارهٔ آن علم کلام است.

۲ـ ولایت تشریعی: خداوند برای پیامبر و امام، جعل ولایت کرده و به آنها اختیار تصرّف در اموال و انفس دیگران داده است و امام می‌تواند در جـامعه اقـامهٔ حـدود و تعزیرات نماید، حقوق شرعی را از اموال مردمان بگیرد، اموالی را که به ناحق تصاحب کرده‌اند مصادره کند، بلکه اموالی را هم که به حق مالک هستند از آنها بگیرد، بدیگری هبه کند، بفروشد، زوجهٔ کسی را طلاق دهد، و خلاصه اینکه از جانب خداوند، امام علیه‌السلام و پیامبر سلطنت مطلقه بر مردم دارند و تصرّفات آنها مطلقاً نافذ است چه در اموال و چه انفس، چه مالک اصلی راضی باشد و طیب نفس داشته باشد یا نه، و ادلّهٔ ولایت تشریعی عبارتست از:

آیاتی از قرآن از قبیل: النّبی اولی بالمؤمنین من انفسهم [1] یعنی خود مؤمنان بر خود و جان و مال خویش ولایت و سلطنت دارند ولی سلطنت و ولایت پیامبر اولی و قویتر و

---

۱. سورهٔ احزاب / ۶.

شدیدتر است از سلطنت خود آنها بر خودشان (و وجه اولویّت به قول ایروانی: **و لعّل وجه اولویّته کونه ابصر بمصالح المؤمنین و مضّارهم فیقودهم الی مصالحهم و یکّفهم عن مضّارهم با حسن ممّا هم یقودون و یمسکون.**[۱]) (و به قول مرحوم شهیدی: **وجه الدلالة فی الآیه انّ مقتضا ها انّ ما کان للانفس فهو للنبّیﷺ بنحو الاولویّة، من جملة ما کان لها نفوذ التصرفات فی اموالهم فیکون للنبّیی بالاولویّة و ان شئت فقل: انّ معنی الآیه انّ میل النبّیﷺ مقدّم علی میل المؤمنین عند الاختلاف، مثلاً لواراد احدهم بیع ماله من زید واراد ﷺ بیعه من عمرو و باعامعاًنفذ بیعهﷺ لابیع صاحب المال و لانعنی بالولایة الّا هذا**[۲]) پس سلطنت مالک مزاحم با سلطنت پیامبرﷺ نیست. (البتّه به ضمیمه عدم الفصل میان پیامبرﷺ و امامعليه‌السلام همین ولایت و اولویّت در جان و مال، برای امامعليه‌السلام نیز ثابت می‌باشد.) ضمناً آیهٔ شریفه محدوده‌ای برای اولویّت پیامبرﷺ قائل نشده و از آن ولایت مطلقه برداشت می‌شود.

آیه دیگر: و ما کان لمؤمن و لا مؤمنة اذا قضی اللّٰه و رسوله امراً ان یکونَ لهم الخیرةٌ من امرهم و من یعص اللّٰهَ و رسولهَ فقد ضلّ ضلالاً مبیناً[۳] یعنی هیچ مرد و زن با ایمانی حق ندارد هنگامی که خدا و پیامبرش امری را لازم بدانند اختیاری از خود داشته باشد و هرکس نافرمانی خدا و رسولش را کند به گمراهی آشکاری گرفتار آمده است.

کیفیّت استدلال: کلمهٔ قَضیٰ در اینجا به معنای قضای تشریعی و قانون و فرمان و داوری است و کلمهٔ امراً هم اطلاق دارد و بر هر امری از امور قابل صدق است و از جملهٔ آنها تصرّف در اموال و انفس است و اگر خدا و رسول صلاح دانستند و امری را مقضیّ و لازم دانستند بدان فرمان دادند باید دیگران امتثال کنند و حقّ چون و چرا ندارند. پس به حکم آیهٔ شریفه اطاعت خدا و رسول در هر امری از امور لازم است.

آیهٔ دیگر: انّما ولیّکم الله و رسوله و المؤمنون الّذین یقیمون الصلوة و یؤتون الزکاة و هم راکعون[۴] این آیه علاوه بر اثبات ولایت اللّٰه و رسول خداﷺ و امیر المؤمنینعليه‌السلام (که به اتّفاق مفسّرین مراد از والمؤمنون... امام علیعليه‌السلام است) انحصار ولایت در اینها را ثابت کرده و به وضوح دلالت دارد که فقط اینها ولایت دارند و مالک و صاحب اختیار

---

۱. حاشیة المکاسب، ص ۱۵۵.
۲. هدایة الطالب، ص ۳۲۷.
۳. سورهٔ احزاب / ۳۶.
۴. سورهٔ مائده / ۵۵.

امّت اسلامی هستند و محدودهٔ ولایت آنها را تعیین نکرده پس در هر امری از امور ولایت دارند و ولایت آنان، مطلقه است و آنها اولی به تصرف هستند در مال و جان مؤمنان از خود مؤمنان.

و امّا روایاتی که دالّ بر ولایت تشریعیِ پیامبر و امامعليه السلام می‌باشد:

روایت ایوّب بن عطیّة از رسول خداصلى الله عليه وآله وسلم: اَنَا اولی بکلّ مؤمنٍ من نفسه[1] یعنی هر مؤمنی بر نفس و مال خویش ولایت دارد ولی ولایت من بر مال و جان او از خود او هم قویتر و شدیدتر است. پس من بر هر مؤمنی ولایت دارم و دایرهٔ ولایت هم محدود نشده و مطلقه است و به ضمیمهٔ عدم فصل میان پیامبر و امامانعليهم السلام ولایت مطلقهٔ آنان نیز بر جمیع شؤون رعیّت و امّت اسلامی ثابت می‌گردد.

و روایت غدیر خمّ که حضرتصلى الله عليه وآله وسلم فرمود: اَلَسْتُ اولی بکم من انفسکم؟ قالوا: بلی، قال: من کنت مولاه فهذا علّی مولاه[2] نخست رسول خدا از مسلمانان اقرار گرفت که او بر جان مؤمنان از خود آنها اَوْلی است و ولایتش قویتر است، سپس فرمود: هر کس که من مولای او هستم پس این علّیعليه السلام مولای او است. این روایت نیز به وضوح بر ولایت مطلقهٔ پیامبر و امامعليه السلام بر جان و مال مردم دلالت دارد.

علاوه بر آیات و روایاتِ مذکور از طریق اجماع امامیّه نیز مطلب قابل اثبات است و احدی از امامیّه در ولایت مطلقهٔ امامان تردیدی ندارد. و نیز از راه حکم عقل غیر مستقل هم قابل اثبات است: در مسألهٔ قبلی ولایت پدر و جدّ پدری بر اموال طفل و بر خود طفل ثابت شد و روایات می‌فرمود: **اَنتَ و مالک لابیک...** حال اگر صرف ابوّت ظاهری و جسمانی موجبِ نفوذ تصرّفات پدر در مال فرزند باشد پس ابوّت معنوی و ایمانی و روحانی که پیامبر و امام دارند و پدران روحانیِ امّت هستند **(یا علی انا و انت ابوا هذه الامّة)** به طریق اولی موجب نفوذ تصرّفات آنها و ولایت داشتن آنها بر مال و جان مؤمنان است. و وجه اولویّت آنست که حقّ پدر جسمانی با حق پدر روحانی قابل قیاس نیست، امام هادی و راهنمای امّت بسوی راه راست است، امام باذن اللّه ما را به سعادت ابدی می‌رساند و حقّ به مراتب بزرگتری دارد، پس صاحب اختیار ما نیز می‌باشد.

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۵۵۱، حدیث ۱۴.
۲. الغدیر، ج ۱، ص ۱۴ و ۱۵۸.

۳ـ وجوب اطاعت پیامبر و امام در اوامر شرعیّهٔ آنها: اگر پیامبر و امام فرمودند: فلان کارها واجب است و باید انجام دهید، فلان کارها حرام است و باید اجتناب کنید، در اوامر و نواهی تبلیغی باید از آنها اطاعت کنیم و حق نداریم مخالفت نمائیم.

۴ـ وجوب اطاعت پیامبر و امام علیه السلام در اوامر عرفیّه آنها، مثلاً به شخص می‌فرماید باید زوجه‌ات را طلاق دهی، به زوجه‌ای امر می‌کند که باید با زوج خود زندگی کند، بدیگری امر می‌کند که وارد آتش شو، برو فلان معامله را برای ما انجام بده، به عروهٔ بارقی درهمی می‌دهد که برود و گوسفندی خریداری کند و... در اینها نیز اطاعت آنها واجب است.

و دلیل بر وجوب اطاعت پیامبر و ائمه علیهم السلام در این دو بخش (اوامر شرعیّه و اوامر عرفیّه) ادلّهٔ اربعه می‌باشد امّا قرآن: آیاتی از قرآن بر وجوب اطاعت از آنها دلالت دارد:

۱ـ **فلیحذر الّذین یخالفون عن امره ان تصیبهم فتنة او یُصیبهم عذابٌ الیم**[۱] یعنی باید بر حذر باشند و بترسند آن کسانی که از امر رسول صلی الله علیه و آله سر پیچی می‌کنند و با آن مخالفت می‌کنند، از اینکه فتنه‌ای (بلای سخت دنیوی) بدانها برسد یا در عذاب دردناک گرفتار آیند.

کیفیت استدلال: کلمهٔ امره مفرد مضاف است و اطلاق دارد و هر امری از اوامر شرعی و عرفی و شخصی و عادیِ پیامبر صلی الله علیه و آله را شامل است و بر مخالفت هر یک از آنها وعدهٔ عذاب دردناک داده و این کاشف از وجوب موافقت اوامر رسول خدا است. و با ضمیمهٔ عدم قول به فصل همین حکم برای اوامر ائمّه علیهم السلام نیز ثابت است.

۲ـ **اطیعوا اللّه و اطیعو الرسول و اولی الامر منکم**[۲]

کیفیّت استدلال: به حکم امر اطیعوا اطاعت خدا و اطاعت رسول خدا و اطاعت اولی الامر (که منظور ائمه علیهم السلام می‌باشند و یا قدر متیقن و مصداق اکمل آنان می‌باشند.) واجب است و حذف متعلّق مفید عموم است یعنی در هر امری از اوامر و نهیی از نواهی باید از خدا و رسول و امامان اطاعت کنید.

۳ـ **ما آتاکم الرسول فحذوه و ما نهاکم عنه فانتهوا**[۳]

---

۱. سورهٔ نور / ۶۳.
۲. سورهٔ نساء / ۵۹.
۳. سورهٔ حشر / ۷.

کیفیّت استدلال مثل آیه و آیات قبلی است و تعمیم دارد و شامل اوامر عـرفی و عادی هم می‌شود، و نیازی به تکرار نیست.

و امّا سنّت: اخبار در رابطه با وجوب و افتراضِ اطاعت ائمهعليهم‌السلام و حرمت معصیتِ آنان و اینکه معصیت آنها مثل معصیت خدا می‌باشد، فراوان است و کافی است به سه نمونهٔ ذیل توجه کنیم:

۱ـ مقبولهٔ عمر بن حنظله که در آخر حدیث آمده: **الرّاد علیهم کالرّاد علینا و الرّاد علینا کالرّاد علی اللّه و هو علی حدّ الشرک باللّه**[۱] که ردّ بر امام را مثل ردّ بر خدا و در حدّ شرک به خدا دانسته است پس مخالفت با ائمهعليهم‌السلام هم حرام است و اطاعت آنها واجب است و لو در امری از امور عرفی و منازعات مالی باشد.

۲ـ مشهورهٔ ابی خدیجه که می‌فرماید: ایاّکم ان یحاکم بعضکم بعضاً الی اهل الجور و لکن انظروا الی رجل منکم یعلم شیئاً من قضایانا فاجعلوه بینکم فانّی قد جعلته قاضیاً فتحاکموا الیه[۲] که امر می‌کند به مراجعه به عالم شیعه و نهی می‌کند از ارجاع نزاع و رفع دعوا به نزد حاکم جور و امر دالّ بر وجوب است.

۳ـ توقیع شریف: **و امّا الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا فانّهم حـجّتی علیکم و انا حجّه اللّه**[۳] که در این توقیع، امامعليه‌السلام حکومت فقیه و سلطنت او بر مردمان را به این تعلیل کرده که: فقیه عادل حجّت من بر شما است، و باید از او اطاعت کنید، و اصل خود امام است که اطاعت او واجب است.

و امّا اجماع: از مواردی است که حتّی دو نفر از فقهای شیعه در آن اختلاف نکرده و همه می‌گویند: اطاعت پیامبر و امامعليه‌السلام واجب است و فرقی میان او امر شرعی و غیره نیست.

و امّا حکم عقل قطعی: هم حکم عقل مستقلّ داریم که عقل بدون استعانت از شرع و مستقلاً حکم می‌کند و هم حکم عقلِ غیر مستقلّ داریم که عقل با استعانت از شرع حکم به وجوب اطاعت پیامبر و امامعليه‌السلام می‌کند:

امّا عقل مستقّل: پیامبر و ائمّه صلوات اللـه عـلیهم اجـمعین اولیـای نـعمتهای ما

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸ ـ ۹۹، حدیث اوّل، باب ۱۱.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۴، حدیث ۵. ۳. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۱. حدیث ۹.

می‌باشند «صغری» و پس از معرفت و شناخت آنان به عنوان ولی نعمت و منعم (البته باذن الله و بمشیّته) عقل هر عاقلی مستقّل است به اینکه: شکر منعم واجب است «کبری» پس شکر پیامبر و ائمه علیهم السلام واجب و لازم است و از مصادیق شکر منعم و شکر عملی عبارتست از اطاعت او امر و نواهیِ آنان، پس اطاعت آنان در جمیع اوامر و نواهی اعمّ از شرعی و عرفی و عادی و سیاسی واجب است. و هو المطلوب. مهمّ در این برهان اثبات صغری است وگرنه کبرای کلّی واضح است.

اثبات صغری: پیامبر و امام هم در مقام تکوین و تحقّق خارجی و نظام تکوین ولی نعمتِ دیگر موجودات می‌باشند، زیرا که آنان وسائط فیض و مجاری افاضات الهی هستند و به برکت آنها سایر موجودات آفریده شده و می‌شود و در روایات فراوانی می‌خوانیم: باران به برکت وجود آنها نازل می‌شود. آسمان به برکت وجود آنها بر پا است مخلوقات به یُمن وجود آنها روزی می‌خورند، اصلاً اصل وجود ممکنات و کمالاتِ وجودیِ آنها در جمیع عوالم وجود به برکت آنها است و حقیقت احمدی صلی الله علیه و آله و سلم نخستین مخلوق و صادر نخستین است و باذن اللّه مبدء و علّت و سر سلسلهٔ ممکنات می‌باشند. و هم در نظام تشریع، آنان هادی و راهنمایند و اوامر الهی را به بشریّت ابلاغ کرده‌اند و هر فضیلت و ارزشی در جامعهٔ بشری وجود دارد به برکت آنان است. پس آنان ولی نعمتان ما هستند.

و امّا حکم عقل غیر مستقّل: طبق روایاتی که در مسألهٔ قبل (ولایت اب و جدّ) بدانها اشاره شد اطاعت پدر و جدّ بر انسان واجب است و مقام ابوّت اقتضا می‌کند که آدمی از پدرش اطاعت کند و حرف شنوی داشته باشد، البتّه این وجوب طاعت فی الجمله است یعنی در اموری که خلاف شرع نباشد وگرنه اطاعتش واجب نیست، مثلاً اگر پدری امر به منکرات نماید یا نهی از معروفها و واجبات الهی بکند بر فرزند اطاعت او واجب نیست، زیرا به حکم روایات: **«لا طاعة لمخلوق فی معصیة الخالق»** حال اگر مقام ابوّت مقتضی است که فرزند از او اطاعت کند، پس مقام عظمای ولایت و امامت به طریق اولی مقتضی است که امّت و رعیّت از آن اطاعت کنند و اطاعت امام بر همگان واجب باشد.

وجه اولویّت آن است که: حقّی که مناط وجوب اطاعت باشد در باب امامت به مراتب بزرگتر از باب ابوّت است و اصلاً قابل قیاس نیست چرا که آنان پدران روحانی و

معنوی جامعه هستند و بشریّت را به سوی راه راست هدایت می‌کنند و پیروی از سنّت و سیرت آنان ما را به خوشبختی ابدی نائل می‌کند لی پدران نسبیِ ما صرفاً پدران جسمانی هستند و ما از اصلاب آنان هستیم و تا مدّتی هم تحت تکفّل و سرپرستیِ آنها بوده‌ایم و بیش از این نیست. (و نیز اگر مقام ابوّت ایجاب می‌کند که پدر و جدّ بر اموال طفل ولایت داشته باشند و تصرّفشان در آن اموال نافذ باشد و حقّ بیع و شراء و تزویج و غیره داشته باشند و بلکه خود فرزند و همهٔ ما یملک‌او مال پدر و جدّ باشد پس مقام امامت به طریق اولی این ولایت داشتن را اقتضا می‌کند. به همان اولویّتی که بیان شد.)

قوله: فتأمل:

شاید اشاره باشد به اینکه ادلّهٔ اربعه‌ای که مرحوم شیخ ردیف کردند تماماً به منظور اثبات ولایت پیامبر و امام بود و آن همه آیه و روایت و حکم عقل را به این هدف ذکر کرده‌اند در حالی که برخی از آنها بر ولایت داشتن دلالت داشت و برخی بر وجوب اطاعت از آنان دلالت می‌کرد (چنانکه ما تفکیک کردیم) و ملازمه‌ای هم میان وجوب اطاعت و ثبوت ولایت نیست زیرا اطاعت مادر هم واجب است در حالی که او ولایت شرعیّه ندارد، اطاعت والدین بر فرزند کبیر هم واجب است در حالی بر او ولایت ندارند، پیروی از فتوای مجتهد، بر مقلّد واجب است در حالی که بر مسلکِ منکرینِ ولایت فقیه، ولایتی در میان نیست. پس خوب بود مرحوم شیخ تفکیک می‌کردند.

قوله: و المقصود:

هدف ما از ذکر آن همه آیات و روایات و ادلّه دفع این توهّم است که کسی خیال کند پیامبر و ائمه علیهم‌السلام ولایت تشریعی بر اموال و اعراض و انفس ندارند و ولایت مطلقه برای آنان ثابت نیست، همچنین خیال کند که اطاعت از آنان تنها در محدودهٔ اوامر شرعیّه که حکم خدا را بیان می‌کنند، واجب است نه در اوامر عرفیّه و عادیّهٔ آنان، به حکم آن ادلّه این توهم باطل است و پیامبر و امام ولایت و سلطنت مطلقه بر جان و مال مردم را دارد و صاحب اختیار آنها هستند و هرگونه تصرّفی را که انجام دهند به اذن الهی نافذ است. و هم در اوامر شرعیّه از آنان باید اطاعت شود و هم در اوامر عرفی و عادی باید مطیع باشیم (علاوه بر ولایت تکوینی که آنهم قطعاً ثابت بود ولی جای بحث از آن علم فقه نیست.) تا اینجا ولایت به معنای اوّل را (ولایت استقلالی) که ولایت مطلقهٔ پیامبر و امام علیه‌السلام بود، ثابت کردیم.

قوله: و امّا بالمعنى الثانى:

و امّا ولایت به معنای دوّمش یعنی دیگران اگر بخواهند در بعضی از کارها دخل و تصرّف کنند حتماً باید به اذن و رضایت پیامبر صلی الله علیه و آله و امام علیه السلام باشد و از خود استقلال در تصرّف ندارد و اگر بدون رضایت امام علیه السلام کاری کردند حتماً باطل بوده و نافذ نخواهد بود:

در این رابطه هم نخست تأسیس اصل می‌نمایند و آن اینکه: لزوم اجازه گرفتن از پیامبر و امام خلاف اصل است و اصل اوّلی آن است که هیچ انسانی بر انسان دیگر ولایت ندارد و اجازه گرفتن از او شرط نیست، آنگاه لزوم اذن و اجازه از امام علیه السلام مخالف با این اصل است ولی به حکم ادلّه و اخبار خاصّه‌ای که داریم می‌گوییم: اذن گرفتن از امام علیه السلام واجب و لازم است، امّا قبل از ذکر اخبار، اشاره‌ای به ضابطهٔ این امور و کارها می‌کنند:

در چه کارهائی اذن امام علیه السلام لازم است؟ به طور کلّی در اموری که معروف و دارای مصلحت هستند و مطلوب شارع مقدّس است و از طرفی بر عهدهٔ شخص یا گروه مشخّص از رعیّت و مسلمانان گذاشته نشده (مثلاً سرپرستی اموال فرزند بر عهدهٔ پدر گذاشته شده و تا پدر هست او ولایت دارد و اجازه گرفتن لازم نیست، فتوی دادن بر عهدهٔ مجتهد جامع شرائط گذاشته شده و... در این موارد اذن لازم نیست.) و از طرفی هم از امور حسبیّه هستند یعنی اموری که نباید تعطیل شود و زمین بماند و حتماً باید در جامعه انجام شود در اینگونه موارد اذن امام علیه السلام لازم است.

مثال: اقامهٔ حدود و تعزیرات در جامعه از این قبیل است و باید در زمان حضور امام علیه السلام به اذن او باشد، تصرّف در اموال اشخاص قاصر که خود قصور دارند و حقّ تصرف ندارند از قبیل: کودکان نابالغ، مجانین، سفیهان، باید به اذن امام باشد، تصرّف در اموال شخصی که غایب و مفقود الاثر شده و به اصطلاح فقهی دارای غیبت منقطعه گردیده، باید به اذن امام باشد، تصرّف در اموال مجهول المالک و تصدّقِ آن اموال باید به اذن امام علیه السلام باشد، الزام مردم به پرداخت حقوق مالی، از قبیل خمس و زکات و خراج و مقاسمه و سایر مالیاتها باید در عصر حضور به اذن امام باشد، و امثال اینها از قبیل تعیین متولّی برای موقوفاتی که متولّیِ خاص ندارد، تعیین قیّم برای صغاری که قیّم ندارند و... .

و امّا ادلّهٔ ولایت به معنای دوّم:

الف: روایاتی که دلالت دارد بر اینکه ائمه‌علیهم‌السلام ولات امر و اولی الامر می‌باشند[۱] که معمولاً مردم در امور عامّه و مصالح عامّه‌ای که از شؤون رئیس قوم است به ولیّ امر و والی مراجعه می‌کنند و از تعبیر به اولوالامر این معنا به ذهن می‌آید که: پس باید در امور عامّهٔ مذکور و مانند آن باید به امام‌علیه‌السلام مراجعه کرد و باید با صلاح دید او انجام شوند.

ب: روایتی که می‌گوید: در حوادث واقعه (آنچه برای شما پیش می‌آمد) باید به راویان حدیث ما مراجعه کنید (توقیع شریف که بعداً خواهد آمد.) و سپس در مقام ذکر علّت برای وجوب رجوع و امر به رجوع (فارجعوا فیها) می‌فرماید: زیرا آنان حجّت من بر شمایند و خود من حجّت خدا بر همگان هستم[۲] کیفیت استدلال: از این تعلیل استفاده می‌شود که راویان حدیث نایبان امام‌علیه‌السلام می‌باشند و مرجع اصلی در اینگونه از حوادث خود امام‌علیه‌السلام است، پس در فرض تمکّن باید به خود امام باید به امام مراجعه شود و از او اذن بگیریم.

ج: روایت مفصّلی که در رابطه با بیان فلسفه ضرورتِ امام‌علیه‌السلام از امام رضاعلیه‌السلام وارد شده و مرحوم صدوق در علل الشرایع آن را آورده و در آنجا امام هشتم‌علیه‌السلام علل متعدّدی را ذکر نموده‌اند که یکی از آن علل این است: تجربه ثابت کرده و عقل هم قاطع است به اینکه هیچ فرقه‌ای از فرقه‌ها و هیچ امّتی از امّتها در تاریخ یافت نشده که بمانند و زندگی کنند (و هرج و مرج پیش نیاید و نابود نشوند) مگر به برکت وجود قیّم و رئیس و قائدی که در امور دین و دنیا یا در امر دنیای آنان راهبر و زمامدار باشد، و مطلب به این مهمّی از خدای حکیم یا مولای حکیم بدور است که بندگان را رها کرده و برای آنان قیّمی تعیین نکند در حالی که قوام و بقاء آنان به وجود امام است[۳] (پس حتماً پس از پیامبرصلی‌الله‌علیه‌وآله کسی را تعیین کرده که به اعتقاد ما علی‌علیه‌السلام است) محلّ شاهد در تعبیر لمالّا بدلهم منه فی امر الدین و الدنیا و لا قوام لهم الّا بها است که دلالت دارد بر اینکه: امور عامّه و مصالح عامّه به دست امام است و امام از طرف خداوند قیّم است و دیگران باید به اذن او آن کارها را بکنند.

---

۱. الکافی، ج ۱، ص ۲۰۵.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۱۰، باب ۱۱، حدیث ۹.
۳. علل الشرایع، ص ۲۵۳، باب ۱۸۲، حدیث ۹.

د: روایات خاصّه‌ای که در رابطه با خصوص اجراء حدود و تعزیرات و حکومت و قضاوت وارد شده و صریحاً می‌گوید: این کارها از آنِ امام المسلمین است و دیگران حق ندارند و نظر امام ملاک است.[1]

ه: یا روایاتی که در رابطه با نماز بر جنازه وارد شده و می‌گوید: سلطان اللّه احقّ بها من کلّ احدٍ، یعنی کسی که از طرف خداوند سلطنت و امامت دارد از دیگران بر این کار (نماز خواندن بر جنازه‌ها) سزاوارتر است و اینگونه امور حقّ امام است[2] و روایات دیگری که اهل تتبّع می‌توانند بدانهابرسند.

قوله: و کیفکان:

اصل اینکه در کثیری از امور عامّه (همان مصالح عامّه‌ای که به برخی مصادیق آن اشاره شد) امام ولایت دارد و دیگران استقلال در تصرّف ندارند و یقیناً باید به اذن امام‌علیه‌السلام باشد، جای بحث نیست و واضح است، ولی یک ضابطه و حدّ معیّنی ندارد و یک عموم یا اطلاقی نداریم که به حکم اصالة العموم دلالت کند بر این که هر نوع تصرّفی منوط به اذن امام‌علیه‌السلام است، آری قدر مسلّم این است که: در کلیّهٔ اموری که هر قومی به رئیس آن قوم مراجعه می‌کنند و بدون اجازهٔ او کاری نمی‌کنند، در همهٔ اینها رجوع به امام لازم است و دلیل مطلب آن است که اینان نیز اولی الامر و وُلات امر می‌باشند، و مرجع اصلی در حوادث واقعه هستند (اشاره به ادلّهٔ مذکور).

قوله: و المرجع:

کلّا در افعال و تصرّفاتی که از وظائف حاکم مسلمین است و شأن رعیّت نیست حتماً اذن امام لازم است. و در افعالی که از وظائف شخصیِ ما است از عبارات و معاملاتمان قطعاً اذن لازم نیست. ولی در مواردی شک می‌کنیم که آیا از امورعامّه‌ای است که اذن گرفتن لازم است یا از آنها نیست و نص یا عموم و اطلاقی هم بر یکطرف نداریم، نوبت به اصول عملیّه می‌رسد که آیا جای احتیاط است یا جای برائت است؟ (بستگی به مبنای فقیه دارد، اگر اذن شرط وجوب باشد عندالشک جای برائت است و اگر شرط واجب و صحّت باشد، جای احتیاط است.) ولکن از آنجاکه تمام این بحثها در فرض حضور امام

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۶ و ۲۲۱ و ۳۳۰ و... .
۲. وسائل، ج ۲، ص ۸۰۱، باب ۲۳، حدیث ۴.

علیه‌السلام و تمکّن از امام علیه‌السلام یا نایب خاص او است نوبت به اجرای اصول عملیّه نمی‌رسد و اصل عملی وقتی دلیل است که ما دسترسی به حجّت و دلیل نداشته باشیم (الاصل دلیل حیث لادلیل و لاحجّة) و با دسترسی به حجّت جای اصل نیست آری اگر در سایهٔ برخی از علل و عوامل دسترسی به امام یا نایب خاص او نداشتیم (مثل شرایط تقیّه، خوف از سلطان جور، بُعد مسافت و...) اینجا جای اصل عملی است. و با لجمله تعرّض و لایت پیامبر و امام فعلاً برای ما مورد ابتلاء نیست، و مهّم بحث از ولایت فقیه است:

و امّا ولایت فقیه:

باز در دو مقام این بخش مطرح می‌شود:

۱ـ ولایت استقلالی: یعنی استقلال داشتن فقیه جامع شرائط در تصرّف در مال و جان مردم: و این همان مبحث معروف ولایت مطلقهٔ فقیه است و بحث در این است که آیا همان ولایت و سلطنت و اختیاراتی که پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله و امام علیه‌السلام داشتند و تصرّف آنها در جمیع شؤون مسلمین نافذ بود و اطاعت کلّیهٔ او امر آنها (شرعی و غیر شرعی) واجب بود آیا همین ولایت و اختیارات برای فقیه عادل هم ثابت است و فقیه هم مثل امام علیه‌السلام بر مال و جان و ناموس مردم ولایت دارد و دخل و تصّرفش در این امور نافذ است یا خیر؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: ما هیچ دلیلی از عمومات و مطلقات بـرای اثـبات ولایت مطلقهٔ فقیه نداریم مگر یک سلسله احادیثی که در شأن علماءِ دین وارد شده است (البته امروزه دامنهٔ بحث به مراتب گسترده‌تر شده و فتاوای فقیهان بزرگ مطرح است، استناد به آیات و اجماع و حکم عقل و روایات دیگری غیر از روایاتی که شیخ اعظم متعّرض شده، مطرح است ولی ما چون بنابر شرح مطالب کتاب داریم به مطرح فرمایشات شیخ اعظم و تشریح آنها قناعت می‌کنیم.) و ذیلاً اهّم این روایات را می‌آوریم:

۱ـ قوله صلی‌الله‌علیه‌وآله انّ العلماء ورثه الانبیاء[۱]

کیفیّت استدلال: وقتی می‌گوییم: زید وارث بکر است یعنی آنچه از بکر بر جای ماند و جزء ما ترک او است به زید می‌رسد و زید آنها را مالک می‌شود، آن گاه علماء وارثان پیامبران هستند یعنی آنچه را که انبیاء علیهم‌السلام از خود بر جای گـذاشـتند بـه عـلماء

---

۱. وسائل الشیعه ج ۱۸ ص ۵۳ باب ۸ حدیث ۲.

می‌رسد و در اختیار آنان قرار می‌گیرد، چه ما ترک انبیاء علوم و معارف دینی باشد در بخش اعتقادات و اخلاق و احکام و چه ولایت و زعامت بر امّت باشد پس به حکم عموم حدیث مذکور، مقام و منصب ولایت پیامبران به علماء می‌رسد، پس علماء نیز دارای ولایت مطلقه هستند (البتّه از خارج این نکته مسلّم است که هر عالمی منظور نیست بلکه فقیه جامع شرائط منظور است.)

۲ـ قوله صلی الله علیه و آله و سلم انّ العلماء امناء الرسل[1]

کیفیّت استدلال: امین کسی است که امانت دارو حافظ امانت صاحب امانت باشد و علماء امنیان پیامبر هستند یعنی حافظان امانتهای آنان می‌باشند و از جمله امانات رسولان مسألهٔ ولایت و زعامت آنان بر امور دین و دینای مردم است و به حکم عموم حدیث علماء در جمیع شؤون متعلّق به رسولان امانت دار هستند و حذف متعلّق مفید این عموم است و معنای حفظ و لایت و نگهبانی از آن، اِعمال ولایت است و چنین نیست که شأن انبیاء تنها ذکر احکام و بیان مسائل شرعی باشد بلکه از اهّم شؤون آنان حاکمیّت و ولایت بر مسلمین است و این شأن هم به علماء رسیده پس آنان پس از پیامبر والی بر مردم هستند و همان ولایت رسولان را دارند.

۳ـ قوله علیه السلام: مجاری الامور و الاحکام بید العلماء باللّه الامناء علی حلاله و حرامه[2]

کیفیّت استدلال: کلمهٔ مجاری الامور عاّم است یعنی جریان هر کاری از کارها (سیاسی اقتصادی، نظامی و هر آنچه مربوط به شؤون مسلمین باشد) مخصوصاً کلمهٔ احکام بر امور عطف شده و عطف ظهور در مغایرت دارد یعنی امور غیر از احکام شرعیّه است و مربوط به شؤون دنیوی مسلمان است و مراد از «بید العلماء» این است که در تحت قدرت و اختیار و سلطنت علماء باشد و ید کنایه از سلطنت است در نتیجه علماء باللّه دارای ولایت مطلقه هستند و پس از پیامبر و امامان علیهم السلام مجاریِ هر امری از امور بدست اینان است.

۴ـ قوله صلی الله علیه و آله و سلم: علماء امّتی کانبیاء بنی اسرائیل[3]

کیفیّت استدلال: انبیاء بنی اسرائیل چون پیامبر بودند ولایت مطلقه بر جمیع شؤون

---

۱. اصول کافی ج ۱ ص ۴۶ حدیث ۵.
۲. شحف العقول ص ۲۳۸.
۳. عوالی اللئالی، ج ۴، ص ۷۷، حدیث ۶۷.

مردم داشتند و علماء امّت من مانند انبیاء بنی اسرائیل می‌باشند یعنی همان مناصبی که آنها داشتند اینها هم دارند پس اینان هم ولایت مطلقه دارند.

۵ـ مرسله فقه الرضاعليه‌السلام: انّ منزلة الفقیه فی هذا الوقت کمنزلة الانبیاء فی بنی اسرائیل[1] وجه استدلال مثل حدیث قبلی است و بلکه واضحتر است چون سخن از منزلت و مقام آنها مطرح شده و منزلت و مرتبتِ ولایت بر مردم برای انبیاء بنی اسرائیل بوده پس برای فقیه هم همان منزلت هست.

۶ـ قول علیّ‌عليه‌السلام فی نهج البلاغه: اولی الناس بالانبیاء اعلمهم بماجاؤابه انّ اولی الناس بابراهیم اللّذین اتبّعوه (قسمت اخیر آیه است که امام‌عليه‌السلام بدان استشهاد کرده است.)[2]

کیفیت استدلال: این حدیث در واقع بیان یک صغری است که عالمترین مردمان به شریعت انبیاء بهترین مردمان و نزدیکترین آن به انبیاء هستند و کبرای کلّی هم باید ضمیمه شود که: و هرکس این گونه باشد پس برای او است آنچه برای انبیاء بوده، و از جملهٔ آنچه برای انبیاء بوده، ولایت و زعامت بر مردم بوده پس همین ولایت برای اعلم الناس پس از انبیاء و ائمهٔ‌عليهم‌السلام ثابت است.

۷ـ قوله‌صلى‌الله‌عليه‌وآله: رسول خدا سه بار فرمود: اللّهم ارحم خلفائی، سؤال شد: یا رسول اللّه خلفای شما کیانند؟ حضرت فرمود: الّذین یأتون بعدی و یروون حدیثی و سنّتی[3]

کیفیّت استدلال: طبق این حدیث راویان حدیث پیامبر که همانا عالمان دین باشند، خلفا و جانشینان رسول خدا هستند و در حدیث تقیید و تخصیصی نیست که در چه جهتی خلیفه هستند؟ و حذف متعلّق مفید عموم است یعنی در جمیع شؤون مربوط به من، اینان جانشین من می‌باشند و از جملهٔ شؤونات رسول‌صلى‌الله‌عليه‌وآله شأن ولایت بر مردم است و همین منصب برای علماء واقعی ثابت است.

۸ـ قول الصادق‌عليه‌السلام: در مقبولهٔ عمر بن حنظله: فانّی قد جعلته علیکم حاکماً[4]

کیفیت استدلال: همانطور که اگر پیامبر در زمان خودش یا علی‌عليه‌السلام در عصر

---

۱. فقه الرضا، ص ۳۳۸. ۲. نهج البلاغه حکمت ۹۶ و آیه ۶۸ آل عمران.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۰، باب ۱۱، حدیث ۷.
۴. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۹۸ و ۹۹، باب ۱۱، حدیث اوّل.

خلافتش می‌فرماید: من فلانی را حاکم و والی بر شما قرار دادم، آن شخص نایب خاص می‌شد و ولایت بر مردم داشت، همچنین اینکه امام صادق علیه السلام می‌فرماید: من عالم دینی را و ناظر در حلال و حرام و عارف به احکام دین را بر شما حاکم قرار دادم و او را به این منصب منصوب کردم باز اینان ولایت یافته و اطاعت مردم از آنان واجب می‌شود.

۹ـ قوله علیه السلام در مشهورهٔ ابو خدیجه: انّی قد جعلته علیکم قاضیاً[1]

کیفیّت استدلال: همانند استدلال به مقبوله است و قاضی به معنای حاکم است.... .

۱۰ـ قوله عجّل اللّه تعالی فرجه الشریف: هم حجّتی علیکم و انا حجّة اللّه[2]

کیفیّت استدلال: در حوادث واقعه به راویان حدیث ما مراجعه کنید زیرا آنان حجّت من بر شمایند و من حجّت خداوند بر همگان هستم، پس همانطوری که اگر خودم حضور داشتم بر شما ولایت دارم همچنین راویان حدیث ما هم نایبان عامّ من هستند و حجّت من بر شمایند و حذف متعلّق مفید عموم است یعنی نسبت به هر آنچه من حجّت خدایم نسبت به همهٔ آنها اینان حجّت من هستند، و از جملهٔ آن چیزها ولایت و زعامت و وجوب اطاعت امر آنان است.

قوله: الی غیر ذلک:

مرحوم شیخ در این فراز به همین ده روایت بسنده کرده و اشاره می‌کنند به اینکه: روایات دیگری هم وجود دارد که شخص جستجوگر می‌تواند به آنها دست یابد.

قوله: و لکنّ الانصاف:

به عقیدهٔ مرحوم شیخ دلالت این احادیث بر مسألهٔ ولایت مطلقهٔ فقیه، ناتمام است و به دو بیان از آنها جواب می‌دهند:

جواب اوّل: معمولاً آنچه نقل شد فرازی از هر روایتی بود و صدر و ذیلی هم داشتند که چون مستقیماً محلّ شاهد نبود، مرحوم شیخ نقل نکرد، حال می‌فرماید: دقّت و تأمل در خود این فرازها و در صدر برخی از روایات مذکور و ذیل برخی دیگر، باعث می‌شود که انسان منصف جزم و قطع پیدا کند به اینکه این روایات فقط در مقام باین این مطلب است که همانطور که انبیاء علیهم السلام وظیفه داشتند احکام شرعیه و مسائل فقهی را برای

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۰، باب ۱۱. حدیث ۶.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۸، ص ۱۰۱، باب ۱۱، حدیث ۹.

مردم بیان کنند، علماء نیز وظیفه دارند در گوشه‌ای بنشینند و حلال و حرام را بیان کنند، و امّا اینکه علماء دین همانند انبیاء باشند در جمیع شؤون و مناصب تشریعی و از جمله در ولایت مطلقه داشتن بر جان و مال مردم و صاحب اختیار مردم بودن، این مطلب از روایات مذکور استفاده نمی‌شود. البتّه مرحوم شیخ به همین مقدار بسنده کرده و در یکایک روایات محاسبه نکرده‌اند ولی صاحبان حاشیه بر مکاسب به تفصیل محاسبه کرده‌اند و ما در اینجا اشاراتی به اهمّ آن محاسبات داریم:

امّا روایت اوّل: اوّلاً شاید مراد از علماء خصوص ائمه علیهم السلام باشند و شامل فقهای جامع شرائط نباشند، شاهد این اشکال آن است که در روایات وارده از خود آنان علیهم السلام می‌خوانیم: نحن العلماء و شیعتنا المتعلمون و سایر الناس غثاء و ثانیاً بر فرض کلمهٔ العلماء مفید عموم باشد (کما هو الحق چون جمع با الف و لام است.) ولی از کجا ورثه بودنِ آنان در جمیع شؤونات مربوط به انبیاء باشد؟ و ثالثاً از کجا همهٔ انبیاء ولایت و زعامت داشتند تا همین مقام و موقعیّت برای علماء هم باشد؟ و رابعاً ذیل و ادامهٔ حدیث قرینه است بر اینکه مراد وارث بودن در علوم و معارف انبیاء است نه در جهات دیگر، چون ذیلش می‌فرماید: و انّ الانبیاء لم یورثّوا دیناراً و لا درهماً و لکن ورثّوا احادیث من احادیثهم فمن اخذ بشیئی منها اخذ بخظٍّ و افرٍ این جمله در حقیقت توضیح می‌دهد که ارث و میراثِ انبیاء برای علماء چه بوده؟ و می‌فرماید: ارثیّهٔ پیامبران مال و منال دنیا نبوده بلکه (علوم دین و معارف الهی) و احادیث و روایات بوده و هر کس به این روایات اخذ کند بهره و افری برده است. پس این حدیث ربطی به ولایت و سلطنت مطلقه ندارد.

و امّا روایت دوّم: اوّلاً شاید مراد از «علماء» خصوص امامان باشند و ثانیاً ذیل و ادامهٔ حدیث مشخّص می‌کنند که دانشمندان دین در بیان احکام شرعیه و حلال و حرام امینان رسولان هستند نه در ولایت مطلقه داشتن، چون ذیل حدیث می‌گوید: مالم یدخلوا فی الدنیا قیل یا رسول الله و ما دخولهم فی الدنیا؟ قال اتبّاع السلطان فاذا فعلو ذلک فاحذر هم علی دینکم و این جملهٔ اخیر که می‌گوید: بر دین تان از چنین عالمانی بترسید و بر حذر باشید، و دین مجموعهٔ احکام و معارف و قوانین الهی است، قرینه می‌شود که مراد امین در امر دین است نه در جمیع شؤون دینی و دنیویِ آنان.

و امّا روایت سوّم: این روایت فرازی از روایت مفصّلی است که از امام حسین علیه السلام

نقل شده و از قسمتهای مختلف آن استفاده می‌شود که منظور از مجاریِ امور و احکام، منابع دین است و اینها بدست علماء است و تنها در این جهات متابعت از علماء واجب است و از جمله در خود فرازی که قبلاً نقل شد آمده بود: **«الامناء علی حلاله و حرامه»** که سخن از امین بودن بر حلال و حرام الهی است نه بر جمیع شوون زندگی مسلمین و ولایت مطلقه داشتن، مضافاً به اینکه کلمهٔ العلماء باللّه واژهٔ خاصیِ است یعنی کسانی که واقعاً عارف باللّه باشند و شاید منظور خصوص ائمه‌علیهم‌السلام باشند و از این حدیث هم عمومیّت مستفاد نیست.

و امّا روایت چهارم و پنجم: همهٔ انبیاء بنی اسرائیل که ولایت بر مال و جان مردم نداشتند تا منزلت فقیه مثل منزلت آنان باشد و لذا قدر متیقّن آن است که تشبیه در فضائل و مناقب است و از حیث فضیلت و ثواب، فقهاء مثل انبیاء بنی اسرائیل هستند ولی کاری به ولایت مطلقه داشتن ندارند.

و امّا روایت ششم: این روایت هم چون تعبیر به **«اعلمهم بما جاؤا»** کرده و افعل التفضیل آورده به احتمال قوی منظور ائمه‌علیهم‌السلام باشند چون آنان اعلم الناس به شریعت هستند و کاری به ولایت فقیه ندارند، و بر فرض عمومیّت می‌گوییم: این در بیان افضلیّت عالم دین از دیگران است و اولی الناس ای افضلهم، و ثالثاً به فرمودهٔ علاّمهٔ مجلسی در بحار: در بعض نسخه بجای اعلمهم کلمهٔ اعملهم به تقدیم میم بر لام آمده و مرحوم مجلسی همین را اظهر دانسته که بنابر این اصلاً ربطی به ما نحن فیه ندارد. و وجه اظهریّت استشهاد امام علی‌علیه‌السلام به آیه شریفه است که ظاهر از تبعیّت در آیه، تبعیّت در عمل به جانحه و جارحه است.

و امّا روایت هفتم: ذیل حدیث قرینه است که مراد از خلافت، خلافت در نقل احادیث و تبلیغ و نشر احکام است نه در جمیع جهات که فرموده: الذین یأتون بعدی و یروون حدیثی... .

و امّا روایت هشتم و نهم: صدر مقبوله و مشهوره به وضوح شهادت می‌دهد که ایندو مربوط به منصب قضاوت و فصل خصومت در منازعات است که منصب قضاء برای فقیه ثابت است ولی ربطی به ولایت مطلقه داشتن بر جمیع شؤونِ امور مسلمین ندارد.

و امّا روایت دهم: حجّت کسی است که به سبب او بر دیگران احتجاج می‌شود و قدر متیقن از حجت بودن علماء بر مردم، حجّت بودن در امر دین است که حلال و حرام را برای مردمان باز گو کرده و حجّت بر همگان تمام کردند. و کاری به زعامت عامّه بر مسلمین ندارد. نتیجه: پس از هیچکدام از روایات مذکور ولایت مطلقهٔ فقیه ثابت نشد و به عقیدهٔ مرحوم شیخ این قسم از ولایت برای فقیه ثابت نیست و در این جهت فقهاء مثل ائمه علیهم‌السلام نیستند.

قوله: فلو طلب:

متفرّع بر نتیجه‌ای که گرفتیم، می‌فرماید: حال که فقیه ولایت مطلقه ندارد و اطاعت از او در احکام حکومتی واجب نیست، پس اگر فقیه عادل از مردمان زکات یا خمس یا سایر حقوق مالی را مطالبه کرد و امر کرد که به او بدهند، بر مکلّفین امتثال و اجابت و وجوب دفع به حاکم ثابت نیست و می‌توانند امر او را اطاعت نکرده و خودشان مستقیماً حقوق مالی را به مصارفش برسانند. البته این به عنوان حکم حکومتی و ولایتی بود، امّا اگر به عنوان حکم فقهی و شرعی باشد یعنی فقیهی فتوایش بر این است که حتماً باید زکات و خمس و غیره بدست فقیه برسد و پرداختن آنها را به فقیه شرط صحّت و امتثال می‌داند و اگر ندهد مشغول الذمّه است، حال مطلقاً این را واجب می‌داند یا در صورت مطالبه، اگر چنین فتوایی می‌دهد باید مقلّدینش متابعت کنند مثل سایر احکام شرعیه و مسائل فرعیّه و اگر این فقیه اعلم است باید ابتداءً از او تقلید کند و به او بدهد و اگر مساوی با فقیه دیگر است پس از انتخاب او به عنوان مرجع باید زکات را به او بدهد ولی این ربطی به ولایت او ندارد. و بالجمله منصب اِفتاء و قضاء برای فقیه ثابت است ولی منصب ولایت ثابت نیست.

قوله: مع انّه: جواب دوّم:

در جواب اوّل به این نتیجه رسیدیم که اصلاً این اخبار عمومیّت ندارند و اختصاص به بیان وظیفهٔ علماء از حیث احکام شرعیّه دارند. ولی در جواب دوّم می‌گوییم: بر فرض که عموم و اطلاق در ظاهر کلام وجود داشته باشد ولی ناگزیریم از این که این عمومات را بر همان جهت معهود و متعارف از وظیفهٔ پیامبر حمل کنیم و بگوییم: مراد وارث و خلیفه و امین بودن در این وظیفه است و آن تبلیغ احکام است که رسول به ما هو رسولٌ که پیک و

پیام آور است و امر و نهی خداوند را به بشر ابلاغ می‌کند و علماء در این جهت به منزلهٔ پیامبر و جانشین او هستند و وظیفهٔ آنها ارشاد و تبلیغ احکام است. و دلیل این لزوم حمل آن است که اگر عام را به عمومش ابقاء کنیم مستلزم تخصیص اکثر می‌گردد که قبیح است و از مولای حکیم صادر نمی‌شود، و دلیل استلزام تخصیص اکثر آن است که موارد سلطنت فقیه بر اموال و انفس به مراتب کمتر از موارد عدم سلطنت او است (مثلاً موارد سلطنت اموال کسانی است که استقلال در تصرّف ندارند و قاصراند ولی موارد عدم سلطنت در مورد حدود و دیات و بیع و طلاق و فسخ و... می‌باشد) بناچار باید تخصیص زده و حمل بر مورد مذکور کنیم.

(نکته: جا دارد کسی از مرحوم شیخ سؤال کند که این که فرمودید: موارد عدم سلطنت خیلی بیشتر است از کجا فرمودید؟ دلیل‌تان چیست؟ لابدّ از خارج این را مفروض و مسلّم گرفته‌اید که فقیه ولایت مطلقه ندارد بعد طبق این اصل می‌فرمائید: موارد عدم سلطنت بیشتر است. و ظاهراً دلیل دیگری نیست و به قول خودتان ادلّه منحصر در اخبار است و اخبار هم که محلّ بحث است. خلاصه با قبول عمومیّت اخبار وجهی برای این حمل نیست و استدلال به لزوم تخصیص اکثر هم صحیح نیست.)

و بالجمله: خلاصهٔ کلام در بخش ولایت فقیه به معنای اوّل آن: ما دلیلی نداریم مبنی بر اینکه اطاعت فقیه مثل اطاعت امام علیه السلام واجب باشد و ولایت مطلقه داشته باشد و به جز مواردی که به دلیل خارج شده و استقلال در تصرف برای دیگران هم هست (مثل پدر و جدّ) در سایر موارد فقیه مثل امام باشد. اثبات این مطلب از خرط قتاد (و کندن خارهای درخت قتاد و خار دار با دست خالی از بالا به پائین که بسی مشکل است) هم مشکل‌تر است.

قوله: بقی الکلام:

و امّا ولایت به معنای دوّمش: در بخش ولایت پیامبر و امام علیه السلام گفتیم که: امور و کارهایی وجود دارد که از مصالح عامّه است و به عهدهٔ فرد خاصّی نهاده نشده و در اینگونه از امور، دیگران استقلال در تصرّف ندارند و حتماً باید به ائمه علیهم السلام رجوع کنند، و از آنان اجازه بگیرند و با اجازهٔ آنان این کارها را انجام دهند، حال سؤال این است که: آیا در هر آنچه از کارها اذن امام علیه السلام معتبر بود و مشروعیّت و صحت کار در گرو اذن امام بود و بر

مردم واجب بود به امام علیه السلام رجوع کنند در همهٔ این امور در عصر غیبت اذن فقیه جامع الشرائط معتبر است و مردم باید به او مراجعه کنند و تحت نظر او اقدام کنند؟ یا خیر، اذن فقیه معتبر نیست؟ آیا این قسم از ولایت برای فقیه وجود دارد و فقیه مختار است که اذن بدهد؟ یا این نحو از ولایت را هم ندارد و بکلّی دست فقیه بسته است؟

قوله: و حیث انّ:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از آن رهگذر که موارد لزوم رجوع به امام و اذن گرفتن از امام و کارهایی که متوقّف بر اذن امام است، ضابطه‌مند نیست و حدود آن تعیین نشده است، لازم است ابتداءً ضابطهٔ کلیّ این موارد را ذکر کنیم: هر کاری که معروف است (در مقابل منکرات) و از مذاق شارع مقدّس به دست آورده‌ایم که او راضی به ترک این کارها نیست و نمی‌خواهد این امور در جامعه زمین بماند و تعطیل شود اینگونه کارها به سه دسته تقسیم می‌شود:

۱ـ آنها که یقین داریم که وظیفهٔ شخص خاص یا صنف و گروه خاص یا همگان است: امّا وظیفهٔ شخص خاصّ مثل پدر و جدّ پدری که تا آنها هستند نظارت بر مال فرزند صغیر به عهدهٔ آنها است و آنها ولایت دارند و نیازی به اذن گرفتن نیست. و امّا وظیفهٔ صنف خاص مثل فتوی دادن که وظیفهٔ فقهای جامع الشرائط است، و قضاوت کردن که وظیفهٔ حُکّام شرع است. و امّا وظیفهٔ همگان، مثل امر به معروف و نهی از منکر کردن و دفاع از بیضهٔ اسلام که بر هر فرد قادر واجب است. در اینگونه از کارها اذن پیامبر یا امام یا فقیه لازم نیست.

۲ـ کارهایی که یقیناً از شؤون و وظایفِ حاکم مسلمین و ولیّ امر است و در زمان امام علیه السلام باید با اذن او باشد مثل اجراء حدود و تعزیرات و تصرّف در اموال قاصرین و... در زمان غیبت حتماً باید به اذن فقیه باشد (اگر این بخش از ولایت را بپذیریم) و یا تعطیل شود. (اگر این نحو از ولایت را هم برای فقیه قائل نشویم.)

۳ـ کارهایی که مشکوک است یعنی نمی‌دانیم که آیا در زمان حضور، انجام آنها موقوف به اذن امام است و بدون اذن امام نمی‌شود، و احتمال می‌دهیم اذن امام در آنجا معتبر باشد، حال به نحو شرط الوجود و الصّحة و الامتثال معتبر باشد (شرط واجب) یا به نحو شرط الوجوب معتبر باشد و در اصل وجوب آن کارها بر مردم اذن شرط باشد،

در این گونه ازکارها در زمان غیبت مردم باید به فقیه مراجعه کنند (البته خوب بود جناب شیخ تفصیل داده و می‌فرمودند: اگر احتمال می‌دهیم که اذن شرط اصل وجوب باشد از اصالةُ البرائة استفاده می‌کنیم و اگر احتمال می‌دهیم که شرط واجب باشد جای احتیاط و وجوب رجوع است، منتها چون اطلاقات و عمومات بر وجوب رجوع هست و ذیلاً خواهد آمد لذا این تفصیل را نداده‌اند.)

قوله: ثمّ ان علم:

وظیفه مسلمانان روشن شد که در دو بخش اخیر باید به فقیه حامع شرائط مراجعه کنند و امّا وظیفهٔ فقیه: او اگر از ادّله و منابع این قسم از ولایت را ثابت می‌کند و نظر فقهی‌اش آن است که فقیه لااقّل این مقدار ولایت دارد که کارها تحت نظر او باشد و اختیار دارد که اگر صلاح دید اذن بدهد و گرنه اذن ندهد، و معتقد است که این کارها منوط به خصوص اذن امام علیه السلام یا نایب خاص او نیست، نایب عام یعنی فقیه عادل نیز چنین ولایتی دارد، در این صورت یا خودش متولّیِ آن کار می‌شود و یا به دیگران اذن می‌دهد و آنها این کارها را انجام می‌دهند و اگر چنین ولایتی را هم برای خویش قائل نبود، آن کار را فعلاً تعطیل می‌کند و می‌گوید: باید این کارها زمین بماند تا امام زمان (عج) تشریف بیاورند. و اگر کسی بگوید: جامعهٔ اسلامی از این مصالح و معروفها محروم می‌شوند، خواهیم گفت: مسلمانان از خیلی چیزها محرومند، بالاترین محرومیّتِ آنان، محرومیّت از حضور و ظهور امام معصوم علیه السلام است، همانطوری که از بالاترین نعمتها محرومند از این نیز محروم باشند.

قوله: و امّا وجوب الرجوع:

به عقیدهٔ مرحوم شیخ ولایت به معنای دوّمش برای فقیه ثابت است و در اموری که در عصر حضور، اذن معصوم علیه السلام شرط بود، در عصر غیبت اذن فقیه شرط است و برای اثبات این مطلب به روایاتی چند تمسّک می‌کنند که در بخش ولایت به معنای اوّلش، این روایات را رّد کردند و فرمودند: اصلاً این احادیث ربطی به ولایت ندارد و در مقام بیان وظیفهٔ علماء نسبت به بیان احکام شرعیّه است،

اینجا است که به قول مرحوم ایروانی: **لا وجه لما ذهب الیه المصنّف من التفصیل بین الامور المنوطة باذن الامام فیرجع فیها الی اذن الفقیه و بین الامور المختصّه بالامام فلایبا شرها**

الفقیه، و ذلک انّ ادلّة النیابة ان عمّت عمّت کلتا الطائفتین و ان خصّت خصّت بالاحکام و خرجت عنها کلتا هما و قد صّرح المصنف بالا ختصاص و مع ذلک استدّل بها هنا[۱] به هر حال ادّلهٔ مرحوم شیخ عبارتند از:

۱ـ روایت مقبوله که امام صادق‌علیه‌السلام فرمود: **انّی قد جعلته علیکم حاکماً**[۲] یعنی من فقیه جامع شرائط را بر شما حاکم قرار دام و او بر شما حکومت و ولایت دارد و از ناحیهٔ من به این امر منصوب شده است. کیفیّت استدلال این است که: فقیه عادل به برکت این روایت مثل نایب خاص پیامبر و امام‌علیه‌السلام است و مثل حاکم و فرماندار یا استانداری است که از سوی پیامبر یا امام‌علیه‌السلام نصب شده باشد و ادارهٔ منطقه‌ای به او واگذار شده باشد، و همانطوری که اصحاب و یاران رسول‌صلی‌الله‌علیه‌وآله و امام‌علیه‌السلام باید به او مراجعه کنند و نظر او در این کارها ملاک است، فقیه هم از ناحیهٔ امام‌علیه‌السلام به عنوان حاکم منصوب گردیده پس مسلمانان وظیفه دارند در این کارها به او مراجعه کنند و نظر او را بخواهند، و اصولاً متبادر به ذهن از کلمهٔ حاکم آن است که در امور عامّه و مصالحی که از شؤون حاکم و سلطان است باید به او مراجعه کنند و قدر متیقّن همین است.

(خود شما قبلاً فرمودید که صدر این روایت قرینه می‌شود که این حدیث مربوط باب قضاوت است و منصب قضاوت هم که برای فقیه ثابت است و کلام در منصب ولایت است و حدیث انّی قد جعلته علیکم حاکماً هم در مقام تعلیل است و اطلاق دارد و اگر به درد ولایت می‌خورد باید ولایت استقلالی را هم ثابت کند وگرنه باید از خیر ولایت غیر استقلالی هم بگذریم.)

۲ـ روایت امام حسین‌علیه‌السلام: **مجاری الامور بید العلماء باللّه**[۳] که مجاری امور (کارهائی که از شؤون مسلمین و جزء کارهای مسلمین و مصالح آنان است) به دست علماء است و ید کنایه از سلطنت است یعنی اختیار آن امور با عالمان باللّه است و همانطوری که اگر مالی در ید و سلطهٔ شما است باید دیگران با طیب نفس شما تصرف کنند، هکذا در امور عامّه هم زمام امر به دست علماء است و دیگران باید به آنها مراجعه کنند و با صلاح دید آنان اقدام نمایند. پس این ولایت را فقیه دارد. (باز هم متبادر به ذهن این است که خود

---

۱. حاشیة المکاسب، ص ۱۵۷.
۲. وسائل الشیعه، ج ۹۸ حدیث اوّل.
۳. تحف العقول، ص ۲۳۸.

فقیه هم ولایت مطلقه دارد و بالمباشره حقّ دخالت و تصرّف دارد، زیرا چیزی که در تحت ید و سلطنت شما است هم دیگران باید از شما اذن بگیرند و هم خود شما استقلال در تصرّف دارید، نه اینکه شما مستقّل در تصرّف نباشید، پس این حدیث هم دلیل بر ولایت مطلقه می‌شود نه ولایت به معنای دوّم آن.)

۳ـ توقیع شریف که در کتابهای اکمال الدین شیخ صدوق[۱] و کتاب الغیبة شیخ طوسی[۲] و احتجاج طبرسی[۳] نقل شده است و این توقیع در جواب مسائل اسحاق بن یعقوب، از ناحیهٔ مقدّسه صادر شده و در جواب یکی از سؤالات حضرت چنین مرقوم فرموده اند: **و امّا الحوادث الواقعة فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا فانّهم حجّتی علیکم و انا حجّه اللّه.**

کیفیّت استدلال: امام علیه السلام به حکم توقیق شریف به شیعیانش دستور داده است که در حوادث واقعه واجب است به راویان حدیث (منظور فقهای جامع شرایط است نه هر راوی و لو عامی باشد) مراجعه کنید (امر دالّ بر وجوب است) و نظر آنان را جویا شوید و آنها اگر صلاح دانستند اقدام کنید و گرنه حقّ ندارید، و منظور از حوادث واقعه خصوص منازعات نیست که اگر دو نفر در امر مالی نزاع کردند باید به فقیه مراجعه کنند (گر چه این هم هست و به حکم مقبولهٔ عمر بن حنظله وظیفهٔ طرفین دعوا مراجعه به فقیه عادل است) و منظور از حوادث واقعه خصوص مسائل مستحدثه و اموری که مشتبه الحکم باشد از قبیل استعمال دخانیات و... نیست (گر چه این هم هست و عموم کلمهٔ حوادث واقعه آن را شامل است که مراجعه به فقیه می‌شود و حکم آن دانسته می‌شود.)

بلکه به حکم اینکه **«الحوادث الواقعه»** جمع با الف و لام و مفید عموم است و منظور از آن، مطلق حوادث و رویدادها و اموری است که در جوامع بشری پدید می‌آید و معمولاً در آن کارها آحاد جامعهٔ مستقیماً دخالت نمی‌کنند و به خود اجازهٔ دخالت نمی‌دهند و بلکه به رئیس و بزرگان قوم و رهبران جامعه مراجعه می‌کنند و به حکم عرف (سیرهٔ عقلاء) و عقل مستقل (عقل هر عاقلی مستقّل است و کاری به اتفّاق آراء ندارد تا

---

۱. اکمال الدین، ص ۴۸۴، باب ۴۵، حدیث ۴.
۲. کتاب الغیبة، ص ۲۹، فصل ۴، حدیث ۲۴۷.
۳. احتجاج طبرسی، ج ۲، ص ۲۸۳.

سیره شود) و نیز به حکم شارع مقدّس (که از حدیث مذکور و امثال آن مستفاد است) آن کار را به سران مملکت و زمامداران و والیان امور ارجاع می‌دهند. فی المثل برای تعیین قیّم برای صغار، تعیین متوّلی برای اوقاف عامّه، تصرف در اموال قاصرین از قبیل غایب به غیبت منقطعه، سفیه، مجنون، صغیر، و... هرکس از پیش خود اقدام نمی‌کند و به صرف اینکه مصلحت دید، آن کارها را نمی‌کند بلکه نزد بزرگان قوم رفته و با هماهنگی و جلب رضایت آنان اقدام می‌کنند. حال در اینگونه امور که از امور عامّه و مصالح کلیّه و امور حسبیّه است به حکم توقیع شریف باید به فقیه مراجعه شود یعنی رأی و نظر او ملاک است. (البته عنوان «**الحوادث الواقعه**» طبق تفسیر شیخ اعظم که فرمود: مطلق الامور... خیلی وسیعتر است و منحصر به امور حسبیّه و اموری از قبیل تصرف در اموال صغار نیست، بلکه جمیع امور مربوطه به شؤون مسلمین اعمّ از حقوقی ـ جزائی، اجتماعی، فرهنگی، اقتصادی، سیاسی و نظامی را شامل می‌شود و جنگ و صلح و اقامهٔ حدود و تعزیرات و اخذ مالیات برای ادارهٔ امور جامعه و... را نیز شامل است و باید گفت: توقیع شریف به خوبی بر ولایت مطلقهٔ فقیه دلالت دارد، ولی معذلک مرحوم شیخ در ادامه خواهند فرمود که: مسأله خالی از اشکال نیست.)

قوله: و امّا تخصیصها:

کسانی که توقیع شریف را به خصوص مسائل شرعیّه و بیان احکام شرعیّه و مسائل مستحدثه منحصر کرده و اختصاص داده‌اند و مدّعی شده‌اند که این توقیع دلیل بر اثبات ولایت فقیه حتی به معنای ثانی نیست از جهاتی سخن اینان دور از حقیقت است، و سه جهت را ذیلاً می آوریم:

۱ـ امام علیه السلام فرمود: فارجعوا فیها و نفرمود: فارجعوا فی احکامها، یعنی منظور وجوب رجوع در رابطه با حکم حوادث نیست تا مربوط به بیان حکم شرعی باشد، بلکه منظور وجوب رجوع به فقیه در رابطه با خود حادثه است و تقدیر گرفتن حکم خلاف اصل است و در خود حوادث به فقهاء رجوع کردن کنایه از این است که: آحاد مسلمانان در آن حادثه حق دخالت ندارد بلکه حتماً باید به اذن فقیه باشد و مشروعیّت را با مراجعه به فقیه بدست می آورند.

۲ـ امام علیه السلام در مقام تعلیل فرمود: فانهم حجّتی علیکم... یعنی فلسفهٔ وجوب رجوع

آن است که: فقیهان جامع شرائط حجّت من بر شما هستند. حال اگر منظور مراجعه دربارهٔ بیان احکام شرعیه بود مناسبتر آن بود که امامؑ بفرماید: فانّهم حجج اللّه یعنی عالمان دین حجّتهای الهی بر مردمان هستند چون احکام او را بیان کرده و بر مردم اتمام حجّت کرده و راه عذر را می‌بندند، کما اینکه در حدیث دیگر که سخن از بیان حکم شرعی بود فرمود: «**الامناء علی حلاله و حرامه**» یعنی فقیهان امینان الهی بر حلال و حرام او هستند و با حفظ امانت باید احکام الهی را به مردمان برسانند. ولی بجای حجج الّه فرمود: فانّهم حجّتی یعنی اینان از جانب من حجّت هستند و من آنها را منصوب کرده‌ام، یعنی در اموری که اگر من حضور داشتم به من مراجعه می‌شد و رأی من ملاک بود و حرف آخر را من به عنوان ولّی امر مسلمین می‌زدم، در این امور در عصر غیبت به فقیه عادل مراجعه کنید و رأی او ملاک است و با صلاح دید او حرکت کنید و واضح است که این امور همان مطلق اموری است که به حکم عقل و عرف و عادت و شرع به رهبران جامعه مراجعه می‌شود.

۳ـ اسحاق بن یعقوب در نامه‌اش می‌نویسد: اینها مسائلی است که بر من مشکل شده و سر در گم شده‌ام که به کی مراجعه می‌کنم؟ حال اگر منظور بیان احکام حوادث واقعه بود و اینکه در رابطه با بیان حلال و حرام به فقهاء مراجعه کنید، که این امر مشکلی نبود و اسحاق را نگران نمی‌کرد زیرا از بدیهیّات است و عقل هر عاقلی حکم می‌کند که جاهل به عالم رجوع کند و مریض به طبیب مراجعه کند و حکمش را بیاموزد، آنکه برای اسحاق مشکل شده بود این بود که در زمان غیبت حوادثی که پیش می‌آید به چه کسی باید پناهنده شد؟ آیا فرد یا گروه خاصی با مشخّصاتی مرجع و ملجا می‌باشند یا عنوان دیگری در کار است و امامؑ فرمود: جای نگرانی نیست به راویان حدیث ما و عالمان دین مراجعه کنید. حاصل اینکه لفظ «**الحوادث الواقعه**» با وسعتی که دارد که تا دامنهٔ قیامت را می‌تواند شامل شود و هر حادثه‌ای را در بر می‌گیرد، اختصاص به مسائل مستحدثه و مشتبه الحکم و یا به منازعات ندارد. بلکه مطلق امور عامّه را شامل است.

قوله: ثمّ انّ النسبة:

ممکن کسی بگوید: ما در اینجا دو دسته عمومات داریم:

۱ـ توقیع شریف و مانند آن که در مطلق امور کذائی و حوادث واقعه، رجوع به فقیه

عادل را واجب دانست و دلالت کرد بر اینکه فقیه ولایت دارد و امور عامّه و مصالح عامّه باید با اذن او انجام گیرد.

۲ـ عموماتی که می‌گوید: **کلّ معروفٍ صدقة**[۱] یا می‌گوید: **عون الضعیف من الفضل الصّدقة**[۲] (یا می‌گوید: **تعاونو اعلی البرو التقوی، ما علی المحسنین من سبیل و...**) یعنی هر معروفی وکار خوبی صدقه و احسان و نیکی کردن است و یا یاری وکمک کردن ضعیف و ناتوان از بالاترین صدقه‌ها و احسانها است وتر دیدی نیست که عقلاً و شرعاً احسان و نیکی کردن حَسَنْ و بایسته است و نیازی به اذن و اجازه ندارد پس به حکم این عمومات خود شارع مستقیماً در این امور (معروف، عون ضعیف و...) اذن داده و نیازی به اذن فقیه عادل نیست. و نسبت میان دو دستهٔ مذکور از نسبت اربع عموم و خصوص من وجه است و هر کدام از جهتی عمومیّت و از جهتی خصوصیّت دارند،

حوادث واقعه اعمّ است از این که از امور حسبیّه باشد (مثل تصرّف در اموال قاصرین) یا از این امور نباشد مثل قضاوت و فتوی دادن که شأن صنف خاصّی است و از امور حسبیّه نیست. و معروف یا عون ضعیف هم اعمّ است از اینکه از امور حسبیّه و در این رابطه باشد یا از امور غیر حسبیّه باشد مثل مستحبات و واجبات کفائی و وظائف شخصی اعمّ از عبادی و معاملی آنگاه مادّهٔ افتراق از ناحیهٔ دستهٔ اوّل اموری از قبیل قضاوت در منازعات و فتوی در مشتبهات به شبههٔ حکمیه است. و مادّه افتراق دستهٔ دوّم از قبیل مستحبات و واجبات کفائی و هر معروفی است که از امور حسبیّه نباشد و مادّه اجتماع هر دو عنوان، امور حسبیّه است که توقیع شریف می‌فرماید: این امور به حکم اینکه از حوادث واقعه می‌باشند باید به فقیه رجوع کرد، و دسته دوّم می‌گویند: این امور به حکم معروف و عون ضعیف بودن نیازی به مراجعه به فقیه و اجازه گرفتن از او ندارند، آنگاه دو دلیل در مادّه اجتماع تعارض و تساقط می‌کنند و در نتیجه توقیع و روایات دیگر دلیل بر ولایت فقیه به معنای ثانی هم نمی‌شوند.

مرحوم شیخ می‌فرماید: درست است که دو دستهٔ مذکور عامّ و خاص من وجه می‌باشند و لکن به دو بیان ثابت می‌کنیم: در امور حسبیّه مراجعه به فقیه و اذن گرفتن از او

---

۱. و سائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، حدیث ۵.
۲. و سائل الیقه، ج ۱۱، باب ۵۹، حدیث ۲.

لازم است و دیگران استقلال در تصرّف ندارند.

بیان اوّل: توقیع شریف بر روایات معروف و عون ضعیف و... حکومت دارد (حکومت آن است که دلیل حاکم ناظر به دلیل محکوم بوده و در صدد تفسیر آن باشد و در موضوع دلیل محکوم تصرّف کند، آنهم یا به نحو توسعه و یا تضییق) و حکومتش هم از نوع تضییق است به این بیان که: وقتی به حکم توقیع شریف در حوادث واقعه رجوع به فقیه واجب بود و اطاعت از اولی الامر واجب بود، با این وصف اگر کسی مراجعه نکند و اذن نگیرد و مستقلّاً اقدام کند اصلاً چنین چیزی معروف نیست تا مشمول (کل معروفٍ صدقه) باشد، و نیز عون ضعیف نیست (بلکه ظلم به او است) تا مشمول (عون الضعیف من افضل الصدقة) باشد و تا موضوع درست نشود حکمی هم نیست.

بیان دوّم: بر فرض تنزّل از جواب قبلی و تسلیم در برابر سخن مستشکل که می‌گفت: این دو دسته در مادّهٔ اجتماع یعنی امور حسبیّه تعارض و تساقط می‌کنند، ولی جواب دیگری داریم و آن اینکه پس از تعارض و تساقط دلیلین قاعده این است که: مرجع ما اصل باشد و اصلی که در ما نحن فیه جریان دارد اصل عدم مشروعیّت است به این بیان که اگر دیگران این امور حسبیّه را تحت نظر فقیه انجام دهند قطعاً مشروع و نافذ است و قدر متیقّن همین صورت است. ولی اگر استقلالاً اقدام کنند و بدون اذن این کارها را انجام دهند شک می‌کنیم که آیا این کارها مشروع و نافذ و صحیح است یا نه؟ اصل عدم مشروعیّت است. باز بر می‌گردیم به لزوم اعتبار اذن فقیه در مشروعیّت این کارها از دیگران.

پس در قدم اوّل از راه دلیل اجتهادی و در قدم دوّم از راه اصل عملی ولایت به معنای ثانی را برای فقیه اثبات کردیم و آن اینکه: فقیه حقّ اذن دادن دارد و دیگران در امور حسبیّه باید به فقیه مراجعه کنند.

قوله: و لکن:

پس از اینهمه تلاش و کوشش برای اثبات ولایت فقیه به معنای دوّم می‌فرمایند: اصل مسألهٔ ولایت فقیه چه به معنای اوّل (ولایت مطلقه) و چه به معنای دوّم، خالی از اشکال نیست، اگر چه حکم به ثبوت ولایت فقیه مشهوریّ یعنی منسوب به مشهور است.

قوله: فقد ظهر:

از مجموع مطالبی که در رابطه مقبوله و توقیع شریف و غیره آوردیم به این نتیجه می‌رسیم که قدر مسلّم از ثبوت ولایت فقیه، در مورد کارهایی است که اصل مشروعیّت آنها مسلّم و مفروغ عنه است و شارع مقدّس راضی به ترک و تعطیل آنها نیست به گونه‌ای که اگر هم فقیه جامع شرایط نباشد بر دیگران واجب کفایی است که آن کارها بکنند (یعنی همان امور حسبیّه از قبیل تصرّف در اموال قاصرین.) و امّا کارهایی که مشروعیّت آنها (و مطلوبیّت ایجاد آنها در خارج بطور مطلق) مشکوک است مثل اقامه و اجرای حدود برای غیر امام علیه‌السلام و تزویج صغیر برای غیر پدر و جدّ (چون خود پدر و جدّ قطعاً ولایت دارند و ولایت غیر مشکوک است) و ولایت داشتن بر معاملهٔ اموال شخص غایب که فقیه آنها را بفروشد، یا معاملهٔ خیاری را فسخ کند و... (ولایت استقلالی) این قسم از ولایت که همان ولایت مطلقه است برای فقیه ثابت نیست و از ادلّه و اخبار مذکور مشروعیّت اینگونه کارها برای فقیه مسلّم نیست و اثبات نمی‌شود آری این قسم از ولایت برای امام معصوم علیه‌السلام به حکم ادلّهٔ اربعه ثابت است و سابقاً آن ادلّه را ذکر کردیم ولی اثبات عموم نیابت فقیه از امام علیه‌السلام در جمیع شؤون حتّی در ولایت مطلقهٔ تشریعی کار آسانی نیست و از ادلّه این امر اثبات نمی‌شود.

قوله: و بالجمله:

چکیدهٔ بحثهای مذکور در رابطه با ولایت فقیه این است که: در بارهٔ ولایت فقیه دومقام ازبحث وجود دارد ۱ـ در خصوص کارهایی که اصل معروف بودن آنها و مشروعیّت آنها و اذن شرعی دربارهٔ آنها (امور حسبیّه) مفروغ عنه است و بگونه‌ای است که اگر هم فقیه نباشد باید خود مردمان انجام دهد، در این امور با وجود فقیه، رأی او ملاک است و باید با اجازهٔ او این کارها انجام بگیرد و در حقیقت اصل انجام کار قطعاً مشروع و مجاز است ولی خصوصیّات وکمّ و کیف آن باید با رأی و نظر فقیه باشد و تا این اندازه فقیه ولایت دارد، مثلاً شخصی از دنیا رفته و ولّی (ورثهٔ او ولّی او هستند) هم ندارد در اینجا اصل تجهیز میّت امری معروف و محرز است و بر مسلمانان واجب است که به این امر اقدام کنند ولی خصوصیّات این امر باید با رأی فقیه انجام بگیرد، یعنی غسل دهندهٔ میّت را فقیه باید معیّن کند، محّل غسل را او باید معیّن کند، اینکه چه مقدار از ترکهٔ او باید خرج

کَفَنْ و دفن او باشد باید بدست فقیه تعیین شود، و اینکه محّل دفن او کجا باشد باید فقیه نظر بدهد. [شگفتا از مرحوم شیخ اعظم که توقیع شریف و حوادث واقعه را با وسعت دایره‌ای که دارد و از منطقة البروج هم وسیعتر است بر اینگونه امور جزئی تطبیق می‌کنند و دایرهٔ ولایت فقیه را به این امور محدود می‌کنند؟!]

۲ـ امّا اینکه فقیه ولایت مطلقه داشته باشد و در رابطه با تصرّف در فلان جان یا مال یا آبرو، ولایت داشته باشد و بتواند حدّ شرعی و غیره را اجزاء کند (تصرّف در نفس) یا معاملهٔ خیاریِ فلان را فسخ کند (تصرف در مال) یا فلان صغیره را به عقد کسی در آورد یا زوجهٔ کسی را طلاق دهد و... (تصرّفش در عِرْض) و بالجمله: همان اختیاری که امام معصوم داشت فقیه جامع شرائط داشته باشد، این گونه از ولایت و اختیارات از توقیع شریف و مانند آن از ادلّهٔ عامّه اثبات نمی‌شود [به بیانی که مبسوطاً گذشت]

قوله: و ان کان:

البتّه در همین بخش هم اصل مشروعیّت فلان تصرّف مالی یا جانی یا آبرویی حتماً باید به فتوای فقیه باشد ولی این مشروعیّت از ادلّهٔ سابق [اخباری که برای ولایت فقیه به آنها استناد شد.] مستفاد نیست و نیازمند ادلّهٔ خاصه است و فقیه باید در رابطه با هر یک از موارد مشکوک به ادلّهٔ خاصّهٔ همان باب مراجعه کند و اگر از ادلّهٔ خاصّه ولایت داشتن و جواز و مشروعیّت آن کار را فهمید (مثل امور حسبیّه از قبیل تصرّف در مال یتیم و...) فتوی به جواز می‌دهد و خود مباشرتاً اقدام می‌کند یا بدیگری وکالت می‌دهد. و اگر از ادلّهٔ خاصهٔ باب استفاده کرد که او ولایت بر فلان کار ندارد و مشروعیّت آن محرز نیست (مثل تزویج صغیر اگر از سوی غیر پدر و جدّ انجام پذیرد.) فتوی به عدم جواز می‌دهد که نه خودش و نه دیگران ولو مصلحت بدانند حقّ اقدام ندارند. و در این امور یا باید تعطیل را برگزید و یا اگر ناگزیر از انجامش هستیم، باز از باب قدر متیقّن جلب نظر فقیه لازم است.

قوله: نعم:

باز تاکید می‌کنیم اگر ادلّهٔ نیابت عامّه قابل قبول بود و بر نیابت عامّهٔ فقیه جامع شرائط در جمیع اختیارات، دلالت داشت مطلب حلّ بود و تصرف فقیه در مال خاص یا نفس و عِرْض خاصّ مشروع می‌شد ولی دیدیم که آن ادلّه چنین دلالتی نداشت و بر مناصب

دیگر فقیه [قضاء و افتاء] حمل شدند.

قوله: ثم انّه:

آخرین روایتی که در رابطه با ولایت فقیه مطرح می‌کنند، این است که: هم در زبان فقهاء مشهور شده و هم در برخی از کتب متداول شده که ما روایتی به این عنوان داریم: **السلطان ولیّ من لا ولیّ له**[۱] حال آیا این روایت دلیل بر ولایت فقیه می‌شود؟ قدر مسلّم این است که: مراد از سلطان، سلطان جائر حاکم ستمگر و طاغوت نیست، چون شرع مقدّس قطعاً به چنین کسی ولایت نداده و او را صاحب اختیار بر جان و مال مردم نکرده که هر گونه تمایلاتش ایجاب کرد، عمل کند. پس مراد از سلطان، سلطان عادل است ولی آیا فقیه عادل را هم شامل می‌شود یا خیر؟ مرحوم شیخ می‌فرماید:

اوّلاً باید ضعف سند یا مضمون را جبران کنیم تا قابل استدلال باشد (امّا ضعف سند به خاطر مرسله بودن آن است که جبرانش بوسیلهٔ شهرت عملّیه و عمل اصحاب است. و امّا ضعف مضمون: محتمل است مراد از سلطان، سلطان به حقّ باشد یعنی کسی که به حقّ سلطان است و سلطنت حقّ او است و چنین کسی قدر مسلّم، امام معصوم است و سلطنت فقیه عادل هنوز ثابت نشده تا سلطان به حقّ باشد، دفع این احتمال و جبران این ضعف، آنست که بگوییم: واژهٔ سلطان اطلاق دارد و اختصاص به امام علیه‌السلام ندارد، فقیه را نیز شامل است. و امّا آوردن کلمهٔ «اَوْ» که مفید تردید می‌باشد، بدین منظور است که شیخ اعظم مردّد بوده که آیا این جمله متن حدیث است و عین الفاظ نقل شده پس باید سنداً جبران شود، یا نقل به معنی و مضمون شده پس باید مضمون اصلاح شود و منظور از آن معلوم شود.)

ثانیاً پس از این جبرانها هم این حدیث به تنهایی نمی‌تواند دلیل بر ولایت فقیه باشد، بلکه نیاز دارد که از ادلّهٔ عموم نیابت استفاده بکنیم (زیرا به فرموده مرحوم شهیدی[۲]: شاید الف و لام در کلمهٔ «السلطان» عوض از مضاف الیه محذوف «اللّه» باشد و منظور این باشد که: سلطان اللّه ولّیِ کسانی است که ولّی و سر پرستی ندارند و باز قدر متقین از سلطان الّه امام معصوم است و فقیه عادل را شامل نیست، پس دلیل مستقّلی

---

۱. کنز العمال، ج ۱۶، ص ۳۰۹، حدیث ۴۴۶۴۳.

۲. هدایة الطالب، ص ۳۳۲.

نیست.) حال آیا از ادلّه عموم نیابت قابل استفاده است؟ شیخ می‌فرماید: آنچه از ادّله و اخبار صلاحیّت دلیل بودن را داشت قبلاً برای شما آوردیم (حدیث ورثه الانبیاء، خلفائی، امناء الرّسل و...) و نیز همانجا بیان کردیم که دلالت این روایات بر ولایت فقیه، موهون است. و در اینجا به آن جوابهای قبلی اضافه می‌کنیم که: تازه این جوابها با قطع نظر از سند بود و گرنه اخبار مذکور از لحاظ سندی هم اشکالاتی دارند و قابل احتجاج نیستند. (مثلاً در سند برخی از آنها علّی بن ابی حمزهٔ بطائنی آمده که واقفی و فاسد المذهب بوده و...)

قوله: کما اعترف:

خوشبختانه ما در ادّعای مذکور، تنها نیستیم، و مرحوم آقا جمال خوانساری صاحب حاشیه بر شرح لمعه نیز در باب خمس نخست اعتراف کرده به این که: معروف در میان اصحاب آن است که فقهاء نوّاب امام علیه السلام هستند. ولی خود ایشان در دلالت دلیلها بر این مطلب خدشه کرده است[1] و نیز مرحوم محقّق ثانی هم در رسالهٔ قاطعة اللّجاج فی حّل الخراج، در دلالت این اخبار تشکیک کرده، آنجا که این فرع را عنوان کرده که اگر امام علیه السلام حضور و ظهور پیدا کنند اجرت اراضیِ انفال را از مخافین می‌گیرند، ولی آیا فقیه هم چنین اختیاراتی دارد؟ محقّق شبهه کرده به این دلیل که اصل عمومیّت نیابت فقیه از امام علیه السلام مشکوک است[2] مرحوم شیخ می‌فرماید: این شک بجا است و ما نیز در آنها شک کردیم.

قوله: ثم انّ:

بر فرض به حکم حدیث مذکور، سلطان شامل فقیه عادل هم شود و او نیز ولایت داشته باشد امّا بر چه کسانی ولایت دارد؟ دنبالهٔ حدیث فرموده «مَنْ لا ولّی له» یعنی سلطان ولّی کسانی است که ولّی و سر پرست ندارند، سؤال این است که: منظور از مَنْ لٰا ولّی له کیانند؟ این جمله دو گروه را شامل است:

۱ـ کسانی که با لفعل ولیّ و سر پرست ندارد و اصلاً شأنیّت ولی داشتن هم در آنها نیست مثل افراد بالغ و عاقل و کبیر و رشید که نیازی به قیّم ندارند و امور زندگی را

---

۱. حاشیه شرح لمعه، ص ۳۲۰.
۲. قاطعه اللجاج، ص ۲۵۷.

خودشان عهده دار می‌شوند و به نحو احسن از عهده بر آیند،

۲ـ کسانی که فعلاً بی‌سر پرست هستند ولی شأن و موقعیّتِ آنان ایجاب می‌کند که ولیّ داشته باشند (حال یا بر حسب شخص این شأنیّت را دارند یعنی شخص خاص این گونه است، که این قسم مثالی ندارد، و یا به حسب صنف این گونه هستند مثل صنف بچّه‌های صغیر، مجانین، قاصرین در اموالشان مثل غايبين، کسانی که از اداء دین خود امتناع می‌کنند، یا از اداء حقوق شرعی از قبیل خمس و زکات امتناع می‌کنند. کسانی که مریض و ناتوان هستند یا افرادی که در حال اغماء بسر می‌برند، یا میّتی که ولّی و وارث و صاحب ندارد و بی‌سرپرست است، و یا به حسب نوع این شأنیّت را دارند مثل قاطبهٔ مسلمانان که در اراضی مفتوحةٌ عنوةً تصرف دارند که ملک همهٔ مسلمین است و رئیس مسلمین در این رابطه و لایت دارد، یا در اوقاف عامّه‌ای که موقوف علیه خاصّی ندارد، و از شأنش این است که متولّی و سر پرستی داشته باشد و... و یا بر حسب جنس این شأنیّت را دارند این نیز مثالی ندارد.) حال منظور از جملهٔ مَنْ لاولی له آیا مطلق افرادی است که فعلاً ولیّ ندارند، چه شأناً هم نداشته باشند یا شأنیّت ولی داشتن را دارا باشند؟ یا خصوص گروه دوّم است؟ پرواضح است که مراد دوّمی است زیرا اگر مراد مطلق افراد بود می‌فرمود: السلطان ولی کلّ احدٍ (چه این که در روایات فرموده: علّیٌ ولیُ کل مؤمن و مؤمنة) متبادر از کلمهٔ مَنْ لاولی له، کسانی هستند که از شأن آنها این است که دارای سر پرست باشند ولی فعلاً ولی ندارند، سلطان ولی اینها است نه ولی و سر پرست همگان. پس باز هم ولایت مطلقهٔ فقیه از این حدیث استفاده نمی‌شود همانگونه که از توقیع شریف استفاده نشد.

قوله: لکن یستفاد:

ولی مرسلهٔ مذکور (السلطان ولّی...) با توقیع شریف یک فرق عمده دارد و آن اینکه: توقیع شریف در خصوص کارهایی که اصل مشروعیّت آنها از خارج مسلّم بود و از امور حسبیّه بودند و اگر فقیه هم نبود آحاد مؤمنان می‌بایستی انجام می‌دادند، تنها در این بخش برای فقیه ولایت به معنای دوّم را اثبات می‌کرد، و به درد موارد مشکوک که اصل مشروعیّت آنها محرز نشده بود (مثل جواز تزویج صغیره و...) نمی‌خورد، ولی مرسلهٔ مذکور می‌فرماید: سلطان بر این گروههایی که نیاز به سرپرست دارند ولایت دارد و بیان

نکرده که در چه امری از امور آنها ولایت دارد، حذف متعلّق مفید عموم است یعنی در جمیع امور و شؤون مربوطه به آنان ولایت دارد می‌تواند اموال آنها را مورد بیع و شراء قرار دهد، صغیره را تزویج کند و دقیقاً مثل پدر و جدّ باشد که این اختیارات را در مال طفل داشتند، آنگاه با خود این حدیث، مشروعیّت موارد مشکوک (در توقیع) احراز و اثبات می‌شود.

قوله: نعم لیس له:

مرسلهٔ مذکور از جهتی که بیان کردیم اعمّ از توقیع بود ولی از جهتی هم اخّص است و آن اینکه: سلطان که بر اصناف مذکور ولایت دارد آیا مطلقاً حق دخل و تصرف دارد چه به مصلحت آنها باشد و چه نباشد؟ یا فقط با رعایت مصلحت حق دارد؟ ممکن است از کلمهٔ ولی این معنا به ذهن بیاید که: او مختار است و حقّ تصرف دارد چه مصلحت داشته باشد یا نه. ولی مرحوم شیخ می‌فرمایند: حتماً باید با مراعات مصلحت باشد و بدون آن تصرّفش نافذ نیست بدلیل اینکه در بخش منفی فرمود: من لاولی له و کلمهٔ له با لام آمده و لام برای انتفاع است یعنی کسانی که ولیِ کذائی ندارد که لَهِ آنها و به نفع آنان کار کند، به قرینه مقابله در بخش مثبت هم که فرمود: «السلطان ولی» منظور ولی لَهُ است یعنی باید اینگونه باشد و کاری بکند که به نفع طفل و مجنون و غیره باشد وگرنه تصرّفش نافذ نیست. و قرینهٔ دیگر اینکه: ما گفتیم: من لاولی له مخصوص کسانی است که شأنیّت ولی داشتن را دارند و واضح است که چون خودشان نفع و ضرر را تشخیص نمی‌دهند ولی می‌خواهند، از اینجا می‌فهمیم که سلطان باید این جهات را لحاظ کند.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه تعبیر به کلمهٔ لَهُ یا علیه در اینگونه موارد مبیِّن منفعت و ضرر و به نفع کسی یا به ضرر دیگری بودن نیست. بلکه در مقام بیان اصل ولایت داشتن است و امّا اینکه باید با رعایت مصلحت کار کند یا لازم نیست؟ اینها را از خارج و ادّله دیگر می‌فهمیم. (کما اینکه در ولایت پدر و جدّ هم پس از اثبات ولایتِ آنان بر طفل این بحث مطرح شد که باید به مصلحت کار کند؟ یا به مفسده هم بود مانعی ندارد؟ یا عدم مفسده معتبر است ولو مصلحتی نباشد؟)

مسألهٔ ولایت عُدولِ مؤمنین

از جملهٔ اولیاء تصرّف، پدر یا جدّ پدری یا وصّی آندو بود که نسبت به خصوص اموال طفل صغیر ولایت داشتند و در مسألهٔ اسبق ذکر شد. و از جملهٔ اولیاء تصرّف، پیامبر و امامعليهم‌السلام و نایب خاص آندو ونایب عام امام یعنی فقیه جامع الشرائط بـود کـه در مسألهٔ سابق بیان شد. و از جملهٔ اولیاء تصرّف، عدول مؤمنین می‌باشند که در این مسأله مطرح است:

ضابطهٔ مسأله: بطور کلّی هر کاری که از امور حسبیّه باشد (یعنی اصل وجود آن در خارج در تحت هر شرائطی مطلوبِ شارع باشد و به هیچ وجه راضی به ترک و تعطیل آن نباشد از قبیل تجهیز میّت، تصرّف در اموال قاصرین و... که اصل معروف بودن و مطلوب بودن آنها از ناحیهٔ شارع مقدّس مفروغ عنه است.) و در فرض وجود فقیه عادل و تمکّن مکلّف از وصول به فقیه عادل، اذن فقیه شرط است و حتماً باید تحت نـظارتِ او ایـن کارها انجام شود، در جمیع این کارها اگر فقیه متعذّر الوصول شد و به هر دلیل مؤمنین به او دسترسی نداشتند، نوبت به عدول مؤمنان می‌رسد و برای آنان تولّی و سر پرستیِ این کارها جایز و مشروع می‌شود (البته فعلاً تعبیر به آحاد مؤمنین دارند و در ادامه روشن خواهد شد که خصوص مؤمنان عادل چنین مجوّزی دارند و با امکـان تـولیتِ عـدول، نوبت به فسّاق نمی‌رسد.)

دلیل ولایت داشتنِ عدول مؤمنین: از طرفی فرض بر اینست که این امور حسـبیّه مطلقاً و در هر شرائطی مطلوب شارع می‌باشند. از طرفی هم این افعال وکارها به فرد یا گروه خاصّی اضافه نشده و شارع نفرموده که باید تصرّف در اموال قـاصرین را فـلانی انجام دهد، باید تجهیز میّت را فلان دسته انجام دهند، بلکه ادله اطلاق دارند. نتیجهٔ دو مطلب مذکور آنست که: پس آحاد مؤمنین با شرائطی که خواهـد آمـد (عـادل بـاشند، مراعات مصلحت کنند و...) تولیت دارند و باید این کارها را انجام دهند.

قوله: و اعتبار:

اگر کسی بگوید: نظارت فقیه در این کارها شرط و معتبر است و باید تحت نظر او باشد، پس آحاد مؤمنان چنین تولیتی ندارند و در فرض تعذّر فقیه هم، تـصرّف آنـها مشـروع

نیست. مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: در فرض تعذّر فقیه (که مفروض بحث ما است) شرط بودن اذن فقیه و نظارت او ساقط می‌شود و در چنین فرضی اصلاً اذن شرط نیست.

قوله: وکونه:

اگر کسی بگوید: شرط بودن اذن فقیه به دو نحو متصوّر است: ۱ـ مطلقاً شرط باشد یعنی چه در فرض تمکّن و حال اختیار و چه در فرض تعذّر و حال اضطرار و عدم دسترسی به فقیه، در هر حال باید اذن او باشد وگرنه تصرّف دیگران نافذ نیست. ۲ـ فقط در حال اختیار شرط باشد و در حال تعذّر اذن او شرط نباشد. حال شاید اشتراط و اعتبار اذن فقیه از قسم اوّل باشد و در همه حال معتبر باشد و در نتیجه در فرض تعذّر هم شرط است و چون قابل تحصیل نیست پس مشروط هم منتفی می‌شود که مشروعیّت و جواز تصرّف باشد (اذا انتفی الشرط انتفی المشروط) در نتیجه عدول مؤمنین ولایت ندارد و در هیچ شرائطی تصرّف آنها مشروع نیست.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: این احتمال که اذن فقیه مطلقاً شرط باشد حتّی در حال تعذّر و در نتیجه با نبود فقیه آن کارها باید تعطیل شود، بر خلاف مفروض بحث ما است: زیرا از اوّل فرض را بر این گذاشتیم که این کارها از امور حسبیّه است و مطلقاً مطلوب شارع است و تحت هیچ شرائطی نباید تعطیل شود، آنگاه قول شما مخالف این فرض و نقض غرض است پس نمی‌توانیم بگوییم: اذن فقیه مطلقاً شرط است، آری در فرض تمکّن از فقیه، اذن و نظارت او شرط است و در فرض تعذّر این شرط ساقط است.

قوله: نعم لو احتمل:

دو اشکال قبلی بر این اساس بود که: اصل معروف بودن و مشروعیّت داشتن و مطلوب بودن این کارها در هر زمان و مکانی مفروغ عنه بود ولی سخن از این بود که آحاد مؤمنان می‌توانند تولیت آنها را به عهده بگیرند یا نه؟ اذن فقیه لازم است یا نه؟ ولی مطلبی که در این تبطره مطرح است اینکه: اگر ما احتمال دادیم که اذن فقیه در اصل مطلوبیّت و معروف بودن این کارها دخیل باشد و اساساً مطلوبیّت این کارها مختص به فقیه یا امام علیه السلام باشد و اینها باید مباشرتاً یا از راه نایب گرفتن، این کارها را بکنند و اصلاً نسبت به دیگران این کارها مطلوب نباشد، اینجا است که در اصل مشروعیّت و جواز تولّیِ

عدول مؤمنان، شک می‌کنیم و از اصل عدم مشروعیّت و عدم ولایت احدی بر دیگران استفاده می‌کنیم و می‌گوییم: این تصرّفات اگر از غیر فقیه و امام صادر شود مشروعیّت نداشته و نافذ نیست و چه بسا شخص متصرّف ضامن هم می‌شود (اگر تصرّف مالی کرده)

نظیر بعضی از مراتب نهی از منکر: می‌دانیم که نهی از منکر سه مرتبهٔ کلّی دارد:

۱ـ انکار قلبی

۲ـ انکار لسانی یعنی به زبان نهی از منکر کند و جلوی منکر را بگیرد.

۳ـ انکار به یَدْ، یعنی عملاً وارد میدان شده و اقدام عملی و باز دارنده انجام دهد و جلو منکر را بگیرد و در این مرتبه نوبت به ضَرْبْ و جرح نیز می‌رسد یعنی با کتک زدن و حتّی جراحت وارد کردن، طرف را مجبور به ترک منکرات بسازد. حال آیا مؤمنین و مؤمنات اولیای یکدیگر هستند و یکدیگر را امر به معروف و نهی از منکر می‌کنند مطلقاً یعنی حتّی اگر به درجه ضرب و جرح برسد؟ خیر اطلاقاتِ نهی از منکر این مرتبه را شامل نیست اگر بنا باشد هر کس بخواهد به عنوان نهی از منکر دیگران را مضروب و مجروح بسازد سنگ روی سنگ بند نمی‌شود و هرج مرج و اختلاف پدید می‌آید که صد بار مفسده‌اش از یک مُنکَر شخصی بیشتر است.

بر فرض شک در وجوب این مرتبه، از اصل عدم وجوب و بلکه از اصل عدم جواز ضرب و جرح استفاده می‌کنیم زیرا این کارها اضرار به غیر، ایذاء الغیر، تعدّی و تجاوز به غیر است و قطعاً این عناوین حرام هستند. آری این مرتبه در شأن حاکم مسلمین و والی است که اگر مصلحت دید متوسّل به زور شود و با ضرب و جرح [یا سلسله مراتبی که دارد که از پائین‌تر و کمتر شروع می‌شود و در صورت ضرورت به مراتب بالاتر هم می‌رسد.] جلو منکر را می‌گیرد. [البته مرحوم شیخ از تبصرهٔ مذکور جوابی نمی‌دهند ولی منظورشان روشن است که چنین احتمالی مخصوص همان بعضی مراتب نهی از منکر و مانند آن است و گرنه در نوع موارد از قبیل دفع ضرورت یتیم، تجهیز میّت و... اصل مطلوبیّت مفروغ عنه است و مشروط به اذن فقیه یا امام نیست و خدا اذن داده است، منتهی در فرض تمّکن باید اجازه بگیریم و در فرض تعذّر آحاد مؤمنان بدان قیام می‌کنند.]

قوله: قال الشهید:

مرحوم شهید اوّل در کتاب قواعدش فراز جالبی دارد که در اینجا نقل و تکمیل می‌کنیم: ایشان فرموده: در فرض نبود حکّام [منظور فقهاء جامع شرائط هستند که در روایت آمده: العلماء حکّام عل الناس[1]] آحاد مؤمنان می‌توانند آحاد تصرفّات حِکَمی (یعنی تصرفاتی که دارای حکمت و مصلحت باشد) را به عهده بگیرند و انجام دهند. و تصرف مصلحت دار مانند دفع ضرورت یتیم است که اگر بیمار یا گرسنه است یا نیاز مبرم به پوشاک و سایر لوازم ضروریِ زندگی دارد، دیگران می‌توانند در حقّ وی پدری کرده و از مایملک خود او، این نیازهای ضروری اولّیه را تامین کنند.

دلیل جواز تصرّفات مصلحت دار، عبارتست از یک سلسله عمومات از قبیل: عموم آیه شریفهٔ **«تعاو نوا علی البّر و التقوی»**[2] که تصرفات مصلحت دار هم مصداقی از مصادیق اعانت بر برّ و تقوی است و به حکم آیه بر همگان واجب است. اطلاق حدیث شریفِ **«اللّه تعالی فی عون العبد ماکان العبد فی عون اخیه»**[3] و بی‌تردید دفع ضرورتِ یتیم و سایر تصرّفات حکیمانه در مال او عَوْنْ و یاری برادر دینی است و مطلوب است. و عموم حدیث شریفِ **«کل معروف صدقة»**[4] که این گونه کارها هم معروف است و هر معروفی صدقه و احسان است و از هر کسی صادر شود پسندیده است.

سپس مرحوم شهید فرموده: در فرض تعذّر فقیه اگر فرد یا افرادی امتناع کردند و حقوق واجبِ مالیِ خود را نپرداختند یعنی زکات یا خمس اموالشان را ندادند، آیا آحاد مؤمنین حق دارند به اجبار از اینان خمس و زکات را اخذ کرده و در میان مستحقّین این حقوق (مستحقّین زکات هشت گروه می‌باشند و مستحقّین خمس هم خدا و رسول و امام علیه السلام و سه گروه از سادات می‌باشند) توزیع نمایند یا خیر؟ و نیز آیا سایر وظائف حکّام و ولایتِ امر (فقیه جامع الشرائط) از قبیل تزویج صغیره، تجهیزمیّت و....یا از قبیل اقامهٔ حدود و تعزیرات و....،برای آحاد مؤمنان ثابت است و اینهامی توانند در فرض تعذّر، آن امور را متوّلی شوند یاخیر؟ (البته به جز اموری که متعلّق به دعاوی و منازعات

---

۱. قبلاً آدرس ذکر شد. ۲. سورهٔ مائده / ۳.
۳. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۸۹، باب ۲۹، حدیث دوّم.
۴. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، باب ۹، حدیث دوّم.

است که به حکم ادلّه خاصّه فقط حاکم شرع حقّ دخالت دارد و طرفین باید به او مراجعه کنند.)

مرحوم شهید می‌فرماید: در این رابطه دو وجه وجود دارد: ۱ـ وجه جواز ۲ـ وجه عدم جواز، امّا وجه جواز: دو دلیل می‌آورند: ۱ـ همان عمومات و اطلاقاتی که ذکر شد، اموری از قبیل اخذ خمس و زکات و... را نیز شامل می‌باشند زیرا این کارها هم اعانت بر برّ و تقوی است، عَوْن اخیه است، معروف است و... .

۲ـ اگر بگوییم: دخل و تصرف آحاد مؤمنان در اینگونه از امور، ممنوع می‌باشد تالی فاسد دارد و لازمه‌اش این است که مصالح مهمٌ مصرف این حقوق مالی (از قبیل رفع فقر و پر کردن خلاءهای اجتماعی و فاصله‌های طبقاتی و...) فوت می‌شود و این مصالح مطلوب خداوند است و ما حق نداریم آنها را تفویت کنیم، پس وجهی برای ممنوعیّت از دخالت در این امور نیست. سپس مرحوم شهید در تأیید دلیل دوّم، سخنی از بعض العامّه نقل می‌کنند که گفته‌اند: قیام و اقدام به مصالح مهمّی از قبیل اخذ حقوق مالی و غیره خیلی مهمتر از آن است که ما دست روی دست بگذاریم و اقدامی نکنیم و این اموال خمسی و زکاتی در دست ظلمه و ستمگران (خود مالک‌ها که ممانعت می‌کنند و نمی‌دهند) بماند و آنان حیف و میل کنند و هر طوری که خواستند دخل و تصرّف نمایند، یا اصلاً حق مالیِ خود را نپردازند و یا به اطرافیان و بستگان و منسوبین بدهند و میان نور چشمی‌ها تقسیم بکنند.

سپس شهید فرموده: آحاد مؤمنان که خمس و زکات را گرفتند اگر در زمان حضور بسر می‌برند و متوقّع و منتظر هستند که به زودی امام یا نمایندهٔ امام را می‌بینند و این اموال را به او تسلیم می‌کنند حتماً باید همین کار را بکنند یعنی آنها را حفظ کرده و به ولیِّ امر بدهند، و اگر در زمان غیبت بسر می‌برند و چنین توقع و انتظاری ندارند حتماً باید به فوریّت این اموال را به مصارف واقعی‌اش برسانند و به اهلش بدهند، چرا که اِبقاء و نگهداری این اموال نزد خودشان باعث خسارت و محرومیّت مستحقین این اموال می‌شود با توجه به نیاز مبرمی که دارند.

سپس شهید فرموده: اگر کسی بر مالی از اموال غصبی ظفر یافت در فقه شیعه باید آن را برای صاحبش حفظ و نگاهداری کند و اگر از دسترسی به صاحب مال مأیوس شد،

از طرف مالک واقعی صدقه دهد. و در فقه عامّه چنین مالی در مصارف عامّه باید مصرف شود. پایان سخن شهید اوّل ره[۱].

مرحوم شیخ برای دفع توهم می‌فرماید: جملهٔ «**فان توقع امامٌ...**» دنبال کلام بعض العامّه نیست بلکه دنبال کلام خود شهید است. سپس می‌فرماید: سخنان شهید تماماً نیکو است، جز اینکه فرمودند: «و جهان» و وجه اوّل راکه جواز بود با دو دلیل ذکر کردند ولی وجه دوّم یعنی عدم جواز را بیان نکردند ولی ما بیان می‌کنیم: شاید وجه عدم جواز این باشد که: به صِرف اینکه این امور [اخذ اخماس و زکوات و سایر وظایف حاکم] از جملهٔ معروفها هستند [یا اعانت بر برّ و تقوی و عون اخیه هستند] موجب نمی‌شود که: هرکسی بتواند در آنها دخالت کند و وجود امام یا نایب امامعليه‌السلام در آنها شرط نباشد، بلکه ای چه بسا معروفهایی که نیازمند به وجود امام یا نایب او است، مثلاً قطع دعاوی، حلّ منازعات و نیز اقامهٔ حدود الهی در جامعه قطعاً معروف است ولی معذلک به عهدهٔ حاکم است نه دیگران، یا مثلاً تصرّف در اموال طفل صغیر و تجارت با مال او در فرض وجود مصلحت، قطعاً کار معروفی است ولی با وجود پدر و جدّ، نوبت به دیگران نمی‌رسد و آنان حقّ اینگونه تصرّفات را ندارند. و لذا احتمال می‌دهیم که اخذ خمس و زکات و غیره نیز از این قبیل باشد و در نتیجه برای دیگران اخذ و توزیع آن جایز نباشد. این وجه عدم جواز است.

قوله: نعم:

البته دو مورد را + تبصره زده و خارج می‌کنیم در آنها هر فردی از مؤمنات حقّ تصرّف دارد:

۱ـ اگر معروف از اموری باشد که عقل هر عاقلی مستقّل به حسن آن است آنهم مطلقاً یعنی مخصوص امام یا نایب امام نیست، بلکه از هر کس صادر شود بایسته است مثلاً جان یتیم در خطر است و برای حفظ او از هلاکت مقداری از مالش را برای خود او خرج می‌کنیم که چون واجب اهمّ در میان است، حرام مهمّ یعنی تصرف در مال دیگری بدون اذن مالک به فعلیّت نمی‌رسد و باید حفظ جان یتیم کنیم و در این صورت به اندازهٔ

---

۱. القواعد و الفوائد، ج ۲، ص ۴۰۶، قاعدهٔ ۱۸۵.

دفع ضرورت، می‌توانیم از مال طفل برای خود او مصرف کنیم.

۲ـ از خود اطلاق و عمومِ ادلّه در مواردی بدست آوریم که: تصدّیِ فلان کار برای هر مؤمنی جایز است و تنها در فرض تمکن از امامعليه‌السلام یا فقیه عادل باید به او مراجعه کرد وگرنه در غیر این صورت حتماً باید دیگران آن را انجام دهند، مثل تجهیز میّت، باز تولیت این کار جایز و تصرف در مال میّت برای تجهیز او صحیح است.

ولی اینها موارد خاصّی است وگرنه مجرّد اینکه فلان کار معروف است یعنی مصلحت دارد باعث نمی‌شود که اصل اساسیِ عدم ولایت هیچکس بر جان و مال دیگران، توسّط ادلّهٔ معروف تقیید شود. بلکه این اصل در جای خود محفوظ، و آن ادلّه نیز محفوظ است ولی باید با اذن حاکم شرع باشد.

قوله: و لهذا:

شاهدی است برای اینکه مجرّد معروف بودنِ یک تصرّف کافی نیست و ادلّه عدم ولایت (**لا یحلّ مال امرءٍ مسلم الّا بطیب نفسه، لا یجوز لا حدان یتصرّف فی مال اخیه الّا باذنه، الناس مسلطون علی اموالهم و انفسهم و...**) بدین وسیله تقیید نمی‌شود. شاهدش این است که: اگر فضولی بر مال کسی عقدی را اجراء کند و این عقد هم معروف یعنی دارای مصلحت باشد و به نفع معقود له باشد، آیا به صرف معروفیّت، چنین عقدی لازم می‌گردد و مالک اصلی حقّ فسخ ندارد؟ هرگز، عقد فضولی همیشه منوط به اجازهٔ مالک است و از ادلّهٔ معروف استفاده نمی‌شود که فضولی بر معقود علیه (مالک اصلی) ولایت دارد و معامله‌اش لازم می‌باشد. زیرا موضوع این ادلّه «معروف» است و معروف یعنی تصرّفی که از طرف مالک اصلی یا به حکم عقل مستقّل و یا به حکم شارع مقدّس مأذونٌ فیه باشد [مثل وکیل که از ناحیهٔ مالک اصلی مأذون است یا حفظ جان یتیم از هلاکت و تصرّف در مال او بدین منظور، که عقّل مستقّل به جواز و اذن است. و مثل تجهیز میّت و... که از ناحیهٔ شارع مجاز شده] آنهم معروف بودنش به معنای مذکور، توسّط خود ادلّهٔ معروف مشخّص نمی‌شود و از خارج باید بیان شود، زیرا این ادلّه تنها کبرای کلّی را بیان می‌کند که: کلّ معروفٍ صدقة و... امّا بیان صغری و مصداق معروف، مربوط به این عمومات نیست، این ادلّه تنها حکم را بیان می‌کند و بیان موضوع به اینها مربوط نیست بلکه از خارج به طریق علم یا علمی یا اصل عملی باید احراز شود و تمسّک به خود این

ادلّه برای اثبات اینکه فلان کار معروف و مأذون فیه است از قبیل تمسّک به عام در شبههٔ موضوعیه است که صحیح نیست. و بر فضولی هم عنوان معروف به معنای مذکور صادق نیست تا حکمش از ادلّهٔ معروف بدست آید.

قوله: و بالجمله:

غیر حاکم بخواهد در امری از امور دخالت و تصرّف کند حتماً باید یا نصّ عقلی بر جواز و مشروعیّتِ آن باشد (مثل تصرّف برای دفع ضرورت یتیم) و یا دلیل عام شرعی بر جواز آنها برای مؤمنان دلالت کند مثل عمومات اعانت بر برّ و تقوی و عمومات معروف و... و یا دلیل خاص شرعی که در مورد خاصّی وارد شده است بر جواز دلالت کند. مثل ادلّهٔ تجهیز میّت که اگر میّتی ولّی ندارد و حاکم هم متعذّر است حتماً باید دیگران این امور را به عهده بگیرند.

(نسبت به جواز اخذ اخماس و زکوات و سایر وظائف حاکم، دلیلی بر مشروعیّت آنها نسبت به مؤمنان یافت نشد و تکلیف عمومات ادلّهٔ معروف هم که روشن شد. و لذا باید حکم به عدم جواز اخذ کرد و این است نتیجهٔ وجه عدم جواز که مرحوم شهید متعرض نشد.)

قوله: فافهم:

مرحوم شهیدی در وجه آن چنین فرموده: هذا مبنّی علی کون المراد من المعروف ما ذکره الشیخ ره من التصرّف المأذون فیه... و هو ممکن المنع بل المراد منه ما کان معروفاً بمعنی الحسن عرفاً قبال المنکر کذلک لا بمعنی صرف ذی الصلاح، و هو متحقّق فی المقام فیکون من جملة ما یندرج تحت تلک الادلّه الدالّة علی الاذن فی التصرّف لکلّ احد فتنهض للتقیید...[1] و در ادامه همان صفحه فرموده: مراد از معروف حسن عرفی است در قبال قبیح عرفی نه اینکه مراد حسن و جایز شرعی باشد یا مراد ذی الصلاح و الفائده باشد[2].

قوله: بقی الکلام:

اصل ولایت آحاد مؤمنان در فرض تعذّر حاکم شرع، فی الجمله مسلّم شد و اموری که با

---

۱. هدایة الطالب، ص ۳۳۳. ۲. همان.

وجود حاکم از وظایف او بود همان امور با تعذّر حاکم، از وظایف مؤمنین است و نباید تعطیل شود (با این فرق که شیخ اعظم اموری را که فقیه بر آنها ولایت داشت و عند التعذّر آحاد مؤمنان ولایت پیدا می‌کنند، محدود به امور حسبیّه کرد. و مرحوم شهید دایرهٔ بحث را به کلّیهٔ وظایف حاکم از قبیل اخذ اخماس و زکوات و غیره توسعه دادند، و ولایت فقیه را مطلقه دانستند) ولی سخن در این است که آیا در آن مؤمنی که با فرض تعذّر حاکم، این امور و مصالح را متولّی می‌شود و در آنها تصرّف می‌کند، حتماً باید مؤمن عادل باشد و عدالت در او شرط است؟ یا عدالت شرط نیست و مؤمن فاسق یا مجهول الفسق و العدل هم ولایت دارد؟

ظاهر فتاوای اکثر فقهاء آن است که عدالت شرط است و تنها عدول مؤمنین ولایت دارند، زیرا در عنوان مسأله می‌گویند: فی ولایة عدول المؤمنین (خود شیخ اعظم نیز همین عنوان را داشت) و قید عادل بودن را می‌آورند، و اصل در قیود هم احترازیّت است یعنی بدین وسیله غیر عدول را خارج کرد و آنان ولایت ندارند. و نیز مقتضای اصل هم اشتراط عدالت است، زیرا اصل اوّلی آن است که هیچکس بر جان و مال و عِرْضِ هیچ کس دیگر ولایت ندارد و اثبات ولایت برای فرد یا گروهی بر خلاف اصل مذکور است و در اموری که خلاف اصل باشند باید به قدر متیقّن اکتفا کرد و قدر متیقن آن است که: تنها عدول مؤمنین ولایت دارند نه فسّاق از مؤمنین.

قوله: و یمکن:

مضافاً به اینکه ظاهر عنوان مسأله قرینه بر اشتراط عدالت بود و مضافاً به اینکه مقتضای اصل لزوم مراعات عدالت بود، از برخی روایات هم می‌توان برای لزوم عدالت استفاده کرد. و آن صحیحهٔ محمّد بن اسماعیل است: مردی از شیعیان از دنیا رفته و وصیّت نکرده (وصیّ تعیین نکرده) اطرافیان قضیّه را به نزد قاضی کوفه (که قاضی جور بوده و از ناحیهٔ خلفاء جور منصوب شده بود) بردند تا تعیین تکلیف شود. قاضیِ کوفه هم آقای عبد الحمید بن سالم کوفی را به عنوان قیّم بر اموال آن مرحوم، تعیین کرده ضمناً مردی که مرده بود از خود چندین فرزند صغیر و خُردسال و مقداری متاع و جنس و چندین جاریه و کنیز بجای گذاشته بود و اینها ترکهٔ او محسوب می‌شدند. و آقای عبد الحمید پس از انتخاب از سوی قاضی کوفه به عنوان قیّم، مشغول رتق و فتق امور شد و متاع آن

مرد را فروخت، تا رسید به کنیزکان آن مرد و وقتی خواست اینها را هم بفروشد دلش لرزید و خیلی ترسید از اینکه آنها را بفروشد (چون از طرف خود میّت که به عنوان قیّم و وصی انتخاب نشده بود تا نگران نباشد، از طرف قاضیِ حکومت جور انتخاب شده بود و عزل و نصب او مورد قبول شارع نیست.) و علّت ترس هم این بود که: کنیزها فروج هستند یعنی مسألهٔ عِرْضیِ مطرح است و شارع مقدس در آنها امر به احتیاط کرده [در اموال و نفوس و اعراض هر سه حکم به احتیاط کرده ولی بویژه در جان و آبرو]راوی می‌گوید: من جریان را به عرض امام باقر علیه السلام رساندم و از حضرتش حکم مسأله را پرسیدم، حضرت فرمود: **اذا کان القیّم به مثلک و مثل عبد الحمید فلا بأس.**[1]

کیفیّت استدلال: اینکه امام علیه السلام فرمود: اگر قیّم بر اموال صغار امثال تو (محمّد بن اسماعیل) و عبد الحمید باشند، منظور از مماثلت، مماثلت در چه چیز است؟ آندو چه خصوصیّتی داشتند که مماثلت در آن جهت منظور باشد؟ چهار احتمال موجود است:

۱ـ مراد مماثلت در ایمان و تشیّع باشد یعنی محمد بن اسماعیل و عبد الحمید شیعهٔ اثنی عشری بودند و هر کس مثل آنان باشد یعنی شیعه مذهب باشد می‌تواند قیّم شود، چه امین و عادل و فقیه باشد یا نه؟

۲ـ منظور مماثلت در وثاقت و امانت باشد یعنی شما دو نفر امین هستید و خیانت و حیف و میل نمی‌کنید و با کمال دقّت مصلحت یتیم را ملاحظه می‌کنید، و هر کس مثل شما امین و ثقه و مورد اطمینان باشد می‌تواند قیّم باشد. (میان شیعه بودن و مورد وثوق بودن عموم و خصوص من وجه است و موثّق بودن اعمّ از این است که شیعی باشد یا نه چه اینکه شیعه بودن اعمّ از ثقه و امین بودن است.)

۳ـ منظور مماثلت در فقاهت باشد یعنی شما دو نفر چون فقیه هستید می‌توانید قیّم باشید و هر کس مثل شما فقیه باشد قیّم بودن او بلامانع است (فقیه بودن از دو عنوان قبلی اخصّ است.)

۴ـ منظور مماثلت در عدالت باشد یعنی شما دو نفر چون عادل هستید باکی نیست که قیّم باشید و هر کس مثل شما عادل باشد می‌تواند قیّم شود وگرنه نه.

از چهار احتمال مذکور، احتمال سوّم (مماثلت در فقاهت) مردود است زیرا اگر

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۷۰، باب ۱۶، حدیث ۲.

مراد این احتمال باشد منطوق جملهٔ شرطیه این است که: اگر قیّم فقیه باشد مانعی ندارد، آنگاه مفهوم جملهٔ مذکور این است که: اگر فقیه قیّم نباشد محلّ اشکال است و این مفهوم اطلاق دارد یعنی هم فرض تمکّن و هم فرض تعذّر فقیه هر دو را شامل است یعنی اگر قیّم فقیه نباشد مطلقاً جای اشکال است حتّی در فرض تعذّر، و ما نمی‌توانیم به این اطلاق اخذ کنیم زیرا مفروض بحث ما از اوّل دربارهٔ ولایت آحاد مؤمنین این بود که در فرض تعذّر فقیه، حتماً نوبت به آحاد مؤمنین می‌رسد و آنها ولایت پیدا می‌کنند،

آنگاه اگر این احتمال را اخذ کنیم بناچار باید اطلاق مفهوم را تقیید نمائیم در حالی که الاصل عدم التقیید و التخصیص. امّا اگر مراد احتمالهای ۱ و ۲ و ۴ باشد به اطلاق مفهوم صدمه‌ای وارد نمی‌شود و مفهومش این است که: اگر قیّم فاسق بود [در قبال عادل] یا خائن بود [در قبال امین] یا مخالف بود [در قبال شیعی] این قیمومت محلّ اشکال است مطلقاً [چه بر فرض تعذّر مقابل اینها، یعنی عادل و امین و شیعه‌ای یافت نمی‌شود، و چه بر فرض تمکّن از اینها در هر حال فاسق و خائن و مخالف ولایت ندارد. و این اطلاق محفوظ است. آنگاه دوران امر میان یکی از سه احتمال مذکور می‌شود و از آنجا که اصل ثبوت ولایت برای غیر فقیه، مخالف اصل اوّلی یعنی عدم ولایت احدی بر دیگران، است باید به قدر متیقّنِ آن اکتفا کرد و آن عادل بودن است زیرا اگر عدالت بود پیش از آن و ثاقت و شیعه بودن یعنی ایمان ثابت شده ولی چنان نیست که اگر ایمان یا امانت داری بود عدالت هم باشد. پس از باب اکتفاء به قدر متیقّن، از میان احتمالات احتمال عدالت را برگزیده و می‌گوییم: منظور مماثلت در عدالت است و نتیجه آن است که: فسّاق از مؤمنین ولایت ندارند و تنها عدولِ مؤمنان ولایت دارند.

قوله: لکن الظاهر:

ولی ما روایاتی داریم که از آنها کفایتِ و ثاقت و امانت داری و حفظ مصلحت صغار و مراعات منفعت آنها استفاده می‌شود و بیش از امانت داری را شرط نمی‌دانند و چون این روایات ظهور در اعتبار امانت داری، دارند کلام مُبیِّن هستند و بدین وسیله اجمال حدیث محمد بن اسماعیل تفسیر و حلّ می‌شود و نوبت به احتمالات و اخذ به قدر متیقّن نمی‌رسد. بلکه منظور از آن صحیحه نیز اعتبار و ثاقت و امانت می‌شود که احتمال دوّم بود نه بیش از آن. و امّا این روایات: مرحوم شیخ دو روایت را نقل می‌کنند:

۱ـ صحیحهٔ علی بن رئاب: مردی از بستگان ما از دنیا رفته و تعدادی فرزند صغیر و تعدادی مملوک اعمّ از غلامان و کنیزان بر جای گذاشته ضمناً وصیّت هم نکرده تا تکلیف روشن شود. حال یابن رسول الّه نظر شما در این باره چیست؟ کسی که می‌خواهد این کنیزها را از اولاد صغار خریداری نموده و او را مستولده بسازد وظیفه‌اش چیست؟ آیا حقّ خریدن دارد یا نه؟ و نیز خود اولاد می‌خواهند این کنیرها را بفروشند آیا حق دارند بفروشند یا نه؟ امام‌علیه‌السلام از بخش دوّم سؤال [بیع جاریه از سوی اولاد] پاسخ داده و فرمودند: اگر این ورثهٔ صغیر قیّمی و سرپرستی دارند که او به نفع اینها نظارت می‌کند و امر بیع را به عهده می‌گیرد، معامله و بیع نه تنها بلا مانع است بلکه قیّم نزد خداوند مأجور نیز هست. راوی مجدّداً بخش اوّل سؤال را تکرار کرد که: خریداران چه تکلیفی دارند؟ آیا شرعاً می‌توانند این جاریه‌ها را خریده و آنها را امّ ولد خویش سازند؟ امام فرمود: خریدن هم بلا مانع است، مشروط بر اینکه: از قیّم اطفال خریداری کنند، و فروشنده خود بچّه‌ها نباشند بلکه قیّم آنها باشد که در مصالح آنان نظارت دارد، و اگر قیّم مذکور جاریه‌ای را فروخت معامله‌اش صحیح و لازم است و ورثه حق رجوع ندارد.[1]

از تعابیری نظیر: **نَظَرَ لهم، الناظر فیما یصلحهم،** استفاده می‌شود که امانت داری و ملاحظهٔ مصلحت یتیم کفایت می‌کند و عادل بودنِ قیّم شرط نیست.

۲ـ موثّقهٔ زرعه از سماعه: مردی از دنیا رفته و دختران و پسران صغیر و کبیر هم دارد، و بدون وصیّت مرده است، و دارای خدمتکار و مملوکها و عُقْرْ [شاید مراد اراضی و باغات باشد و شاید مراد اروش جنایات باشد که در طول مدت حیاتش هر کس بر مال او جنایتی وارد شده ارش و تفاوت را ضامن شده و باید به او بدهد و یا دیهٔ جراحاتی که بر خود میّت وارد شده است. که به هر حال به ورثه می‌رسد و از ترکهٔ میّت محسوب می‌شود] است. حال ورثهٔ این میّت چگونه این اموال را تقسیم کنند؟ حضرت فرمود: ان قام رجل ثقة قاسمهم ذلک کلّه فلا بأس.[2]

کیفیت استدلال: اگر از رجل ثقة مردی که مورد وثوق و اطمینان است و می‌دانیم که خیانت نمی‌کند اراده شود این روایت هم دلیل بر کفایت امانت داری است ولی اگر

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۶۹، باب ۱۵، حدیث اوّل.
۲. وسائل الشیعه، ج ۱۳، ص ۴۷۴، باب ۸۸، حدیث دوّم.

منظور از ثقه در کلام امام کسی باشد که دارای ملکهٔ عدالت است، این حدیث دلیل بر کفایت امین بودن نمی‌شود بلکه دلیل بر اعتبار عدالت می‌شود.

قوله: لکن:

از دو حدیث قبلی، لزوم امانت و وثاقت استفاده شد. و لکن روایتی هم داریم که از آن لزوم عدالت مستفاد است و امین بودن کافی نیست و آن صحیحهٔ اسماعیل بن سعد است: راوی می‌گوید: از امام رضاعليه‌السلام پرسیدم: مردی بدون وصیّت می‌میرد و دارای فرزندان صغیر و کبیر است، آیا بدون اینکه قاضی متولّیِ امر بیع اموال میّت به نفع ورثه بشود، خریدن چیزی از متاع یا مملوک او جایز است؟ و اگر قاضی متولّیِ این امر شد و ورثه هم بدان رضایت دادند ولی خلیفهٔ بر حقّ «امامعليه‌السلام» او را به قضاوت نصب نکرده بود، آیا خریدن از این قاضی جایز است؟ حضرت فرمود: با سه شرط جایز است: اوّلاً فرزندان کبیر با قاضی در بیع شرکت داشته باشند. ثانیاً کلّیهٔ ورثه راضی به بیع باشند. و ثالثاً یک عدلی [فرد عادل] هم بر این بیع قیام کند[1] که همین امر سوّم محلّ شاهد است و ظاهرش لزوم قیام فرد عادل است.

قوله: و الّذی ینبغی:

پس از نقل روایات که مضامین متفاوتی داشتند و از بعضی روایات استفاده شد که قدر متیقّن اعتبار عدالت است و مفاد بعضی اعتبار و ثاقت و امانت بود و مفاد برخی اشتراط عدالت بود که در کنار اولاد کبیر باید عادلی هم ناظر باشد. حال مرحوم شیخ می‌فرماید: از بحثهای قبل از روایت معلوم شد که غیر حاکم شرع و فقیه جامع شرائط ولایت ندارند مگر در مقامی که یا عموم عقلی دالّ بر رجحان و بایسته بودن تصدّیِ فلان معروف باشد (مثل حفظ جان یتیم از هلاکت که قبلاً ذکر شد و عقل هر عاقلی مستقّل بود به اینکه حفظ جان از حفظ مال مهمتر است و به مقدار ضرورت، صرف مال یتیم برای حفظ جان او بایسته است.) و یا یک عموم نقلی دالّ بر رجحان آن کار باشد (مثل تصدّیِ او قاف عامّه که متولّیِ خاص ندارند و تجهیز میّت) و یا از ادّلهٔ خاصّهٔ هر بابی این رجحان استفاده شود. آنگاه در قدم اوّل باید ادلّهٔ خاصّهٔ هر مسأله را ملاحظه کنیم و ببینیم که از

۱وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۲۶۹، باب ۱۶، حدیث اوّل.

آنها عموم مستفاد است و رجحان تصدی برای هر فرد مؤمنی ثابت می‌شود (چه عادل باشد و چه فاسق) و یا خصوص مستفاد است و تنها عدول را دلالت دارد. اگر از ادلّهٔ خاصه به نتیجه‌ای رسیدیم که طبق آنها عمل می‌کنیم.

و در قدم دوّم اگر از ادلّهٔ خاصّه نتیجه‌ای نگرفتیم نوبت می‌رسد به مفاد و عموماتِ کلّ معروف صدقه[۱] **عون الضعیف من افضل الصدقه**[۲] **تعاونوا علی البرّ و التقوی**[۳] **لا تقربوا مال الیتیم الّا بالتی هی احسن**[۴] و... و در رابطه با مفاد عمومات دو مقام از بحث وجود دارد:

۱ـ وظیفهٔ شخص فاسق بینه و بین اللّه چیست؟ آیا اگر مصلحت را در بیع مال یتیم دید شرعاً مجاز است و می‌تواند بفروشد؟ و اگر فروخت نه حرامی مرتکب شده (تکلیفاً) و نه ضامن است (وضعاً)؟ یا شرعاً مجاز نیست و حرام است که در مال یتیم تصرّف کند؟

۲ـ وظیفهٔ دیگران چیست؟ آیا دیگران می‌توانند با او وارد معامله شوند و مال یتیم را از او خریداری کنند؟ و آیا به مجرّد اینکه دیدند فاسقی بدین امر قیام کرده وجوب یا استحباب اصلاح مال یتیم و حفظ مال یتیم از هلاکت و تلف از آنان برداشته می‌شود؟ آیا می‌توانند مال یتیم را در دست فاسق ابقاء کنند یا واجب است در فرض مقدور بودن به زور هم شده از فاسق بگیرند و به عادل تحویل دهند؟ و... .

امّا مقام اوّل: مرحوم شیخ می‌فرماید: به نظر ما فاسق اگر واقعاً احراز کرده که این بیع یا شراء برای یتیم مصلحت دارد می‌تواند این تصرّف را انجام دهد و منصب مباشرت برای او ثابت است و در این جهت عدالت شرط نیست. دلیل جواز هم عمومات ادلّهٔ معروف است که خطابش به همگان است و هر یک از فاسق و عادل را شامل است، مثل «**کلّ معروفٍ صدقة**»[۵] یعنی هر کار معروفی صدقه و احسان است و احسان از هر کسی صادر شود حَسَنْ و بایسته است و فرقی میان عادل و فاسق نیست.

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، باب ۹، حدیث ۲.
۲. وافی، ج ۳، جزء ۹، ص ۳۲.
۳. سورهٔ مائده / ۳.
۴. سورهٔ انعام / ۱۵۲.
۵. وسائل الشیعه، ج ۱۱، ص ۵۲۱، باب ۹، حدیث ۲.

و مثل **«عون الضعیف من افضل الصدقة»**[1] و قید ندارد که عون ضعیف از عادل بهترین صدقه است. حذف متعلّق مفید عموم است: (تعبیر شیخ به کلمهٔ ولو... برای این است که کلمهٔ عون به معنای یاری و کمک است و دالّ بر استقلال در تصرّف نیست و بیشتر دالّ بر معاونت و کمک و شرکت است که انسان کمک کار ضعیف باشد ولی روایت **«کل معروف صدقه و...»** دالّ بر استقلال در تصرّف است در قبال شرکت با مالک و لذا عون الضعیف دلالتش ضعیف است.)

و مثل عموم آیهٔ **«لا تقربوا مال الیتیم الّا بالّتی هی احسن»**[2] که خطاب به همگان است و به مقتضای حصری که از لا و الّا استفاده می‌شود مفاد آیه این است که: تصرّف در مال یتیم اگر به نحو احسن و اصلح باشد مانعی ندارد، باز حذف متعلّق مفید عموم است یعنی خواه این تصرّف از مؤمن عادل صورت پیدا کند و یا از فاسق. (نکته: مرحوم شیخ قبلاً استدلال به این عمومات را ردّ کردند و فرمودند: معروف یعنی مأذونٌ فیه از ناحیهٔ عقل یا شرع یا مالک، و باید این موضوع از خارج احراز شود تا بتوانیم به کبرای کلّیِ **«کلّ معروف صدقة»** تمسّک کنیم وگرنه تمسّک به عام در شبههٔ موضوعیّه است و جایز نیست. ولی در اینجا به همان عمومات تمسّک می‌کنند در حالی که همان اشکال وجود دارد که اوّل باید از خارج احراز کنیم که این تصرّف فاسق معروف است، عون الضعیف است، اعانت بر برّ و تقوی است و بعد به این عمومات استناد کنیم و این عناوین محرز نیست و با عدم احراز، تمسّک به آنها از باب تمسّک به عام در شبههٔ موضوعیّه است و جایز نیست. پس بین این دو فراز از کلام شیخ تنافی به چشم می‌خورد.)

قوله: و صحیحه:

اگر کسی بگوید: از صحیحهٔ محمد بن اسماعیل به حکم قدر متیقّن عدالت را استفاده کردیم پس فاسق حقّ مباشرت ندارد. شیخ می‌فرماید: آن صحیحه را بر روایت صحیحهٔ علی بن رئاب که دالّ بر وثاقت و امانت بود حمل کردیم (چون صحیحهٔ اوّلی مجمل بود و دوّمی مبیّن بود و بوسیلهٔ مبیّن، مجمل را تفسیر کردیم. و اگر بگوید:

در موثّقهٔ زُرْعَه کلمهٔ ثقه آمده بود و شاید مراد از ثقه کسی باشد که دارای ملکهٔ

---

۱. وافی، ج ۳، جزء ۹، ص ۳۲.
۲سورهٔ انعام / ۱۵۲.

عدالت است پس فاسق را خارج کرد. باز می‌گوییم: این نیز بر امانت داری حمل می‌شود و هکذا روایت دیگر (منظور حسنهٔ کاهلی است که در آینده خواهد آمد.) پس در منصب مباشرت، عدالت شرط نیست.

قوله: و لو ترتّب:

حال که فاسق هم شرعاً حقّ تصرف و مباشرت دارد، اگر چنانچه فاسقی بر میّتی که ولی و سرپرستی ندارد، نماز میّت گذارد آیا از دوش دیگران بر داشته می‌شود؟ دو فرض دارد:

۱ـ دیگران یقین دارند که فاسق نماز خواند و با چشم خود این را دیدند ولی شک دارند که نماز صحیح خواند تا از آنان ساقط می‌شود یا نماز باطل خواند؟ در اینجا اصالة الصحّة در فعل مسلم جاری می‌کنند و فعل او را حمل بر صحّت می‌کنند (کما این که اگر قصّاب مسلمانی گوسفندی را ذبح کرد و ما شک کردیم باید حمل بر صحّت کنیم) و از عهدهٔ آنها ساقط می‌شود.

۲ـ دیگران یقین ندارند که فاسق بر میّت نماز خوانده باشد و به چشم خود ندیده‌اند و از دو عادل هم نشنیده‌اند ولی خود فاسق به آنها خبر می‌دهد که بر میّت نماز خوانده، آیا خبرش پذیرفته است و می‌توان بدان اعتماد و اکتفاء کرد؟ می‌فرماید: قبول این خبر مشکل است (و وجه اشکال آنست که: خبر او مصداقی از مصادیق خبر فاسق است و به حکم آیهٔ نبأ خبر فاسق ارزشی ندارد و قابل قبول نیست. پس نتوان بدان اکتفا کرد. و وجه قابل قبول بودن هم آنست که، اِخبار فاسق فعلی از افعال او است و فعل او را باید حمل بر صحّت کرد. پس قابل قبول است)

و امّا مقام دوّم: وظیفهٔ دیگران چیست؟ آیا شرعاً می‌توانند مال یتیم را از فاسق خریداری کنند؟ یا عدالت شرط است و حتماً باید از فرد عادلی خریداری کنند؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: در این مقام عدالت شرط است و معامله با فاسق بر روی اموال یتیم جایز نیست هر چند فرد فاسق ادّعا کند که این معامله به صلاح یتیم است ولی به ادّعای او نمی‌شود اعتماد کرد (آری اگر از طرق معتبر برای دیگران علم یا اماره پیدا شد که این معامله به مصلحت یتیم است می‌توانند وارد معامله شوند. وگرنه به صرف ادّعای فاسق نمی‌توانند وارد معامله شوند.) و بلکه حتّی الامکان باید مال یتیم را از دست فاسق

بگیرند و به فرد عادلی تحویل دهند (زیرا حفظ مال یتیم از معرض تلف شدن، واجب کفایی است و از جمله معارض تلف و هلاک، بودن مال در دست فاسق است. پس باید مال را از چنگ فاسق در آورند. البته این کلیّت ندارد، زیرا چه بسا فاسق فرد امینی باشد و در حفظ امانت و مراعات غبطه و مصلحت یتیم، از هیچ کوششی فروگزار نکند. و در این فرض مال یتیم در دست امین است و در معرض تلف نیست تا اخذ آن از فاسق واجب باشد. پس بر حسب موارد، قضیّه فرق می‌کند.) ادلّه مرحوم شیخ بر اشتراط عدالت در مقام ثانی:

۱ـ صحیحهٔ اسماعیل بن سعد می‌فرمود: «و قام عدل فی ذلک» یعنی اگر عدلی هم بر کارها نظارت دارد می‌توان مال ورثه صغیر را خریداری کرد، مفهومش اینست که: اگر عدلی نظارت ندارد خریدن مال یتیم جایز نیست.

۲ـ موثقّهٔ زُرعه می‌فرمود: ان قام رجل ثقه... بنابر این که مراد از ثقه، عادل باشد باز منطوق می‌گوید: اگر مرد عادلی ترکه را تقسیم کند بجا است، مفهومش اینست که: اگر عادل نباشد فایده‌ای ندارد.

۳ـ عمومات ادلّهٔ معروف که بر هر فرد مؤمنی قیام و اقدام به معروف را واجب می‌کند، با تصرّف فاسق این عمومات ساقط نمی‌شود و نتوان از آنها رفع ید کرد بلکه کماکان عمومات بر عهدهٔ مؤمنین عادل باقی است زیرا آنچه وظیفهٔ مؤمنین است اصلاح مال یتیم و مراعات مصلحت او است و به مجردّ تصرّف فاسق این وجوب اصلاح از دوش عدول بر داشته نمی‌شود. زیرا شک داریم که فاسق مراعات مصلحت کرده یا نه؟ و بر تصرّف او عنوان اصلاح مال یتیم صدق می‌کند یا خیر؟ و تا عنوان اصلاح و حفظ مال یتیم محرز نشود، وجوب از عهدهٔ مرتفع نمی‌شود.

اگر بگوئید: چه مانعی دارد که در این تصرّف مالی هم مثل مثال نماز بر میّت از اصالة الصحة و حمل فعل مسلم بر صحّت استفاده کنیم و بگوییم: اصل تصرّف فاسق و فروختن مال یتیم محرز و یقینی است، صحّت این کار مشکوک است که با اصالة الصحة تدارک می‌شود. خواهیم گفت: قیاس مع الفارق است و اینجا جای اصالة الصحة نیست زیرا در مورد نماز میّت آنکه بر همگان واجب بود یک نماز صحیح بود و اصل نماز از فاسق صادر شد و مقطوع بود ولی در صحّت آن شک داشتیم و ادلّهٔ حمل فعل مسلم بر

صحّت بما گفت: این نمازگزار فاسق، مسلمان و مؤمن است و باید فعل او را حمل بر صحّت کنید و ما متابعت کردیم. ولی در ما نحن فیه (تصّرف مالی و شراء از فاسق) موضوع وجوب، عنوان تصرّف صحیح نیست تا بگوئید: اصل تصرف محرز است و وصف صحّت آن مشکوک است و به حکم ادلّهٔ اصالة الصحة، حمل بر صحّت می‌کنیم. بلکه موضوع وجوب، عنوان اصلاح مال یتیم و مراعات حال یتیم است و باید تصرّف در مال یتیم معنون به این عنوان باشد تا مشروع باشد و در مورد تصرّفِ فاسق، شک ما در اصل تحقّق این عنوان است و ما نحن فیه از قبیل موردی نیست که اصل نماز بر میّت مفروغ عنه است و وصف صحت آن مشکوک است بلکه از قبیل موردی است است که اصل نماز خواندنِ فاسق بر میّت، مشکوک است و با شکّ در اصل نماز یا اصلاح و... جای حمل بر صحّت نیست، تا موضوع و موصوف محرز نشود که نوبت به شک در وصف نمی‌رسد.

قوله: و ان شئت:

اگر مایل بودی دلیل سوّم بر اشتراط عدالت را به بیان دیگری بیان کن: خریدن مال یتیم از فاسق یا هر کس دیگر، حتماً باید به مصلحت یتیم بوده باشد و این عنوان در مورد فاسق محرز نیست و اصالة الصحّه نیز کاری از پیش نمی‌برد، چون شکّ ما در اصل موضوع است و نظیر شک در بلوغ است که اگر مشتری شک دارد که آیا بایع به سنّ بلوغ رسیده و معامله می‌کند یا نرسیده؟ باید بلوغ را از خارج احراز کند و نمی‌تواند از اصالة الصحّة استفاده کند و بگوید: انشاء اللّه بالغ بوده و معامله صحیح است.

قوله: فتأمّل:

اشاره به این که قیاس ما نحن فیه به مورد شک در بلوغ، مع الفارق است زیرا که قدر متیقّن از ادلّهٔ حمل فعل مسلم بر صحّت و اجراء اصالة الصحة، موردی است که که فعل صادره، فعل بالغ باشد و این جهت در مورد شک در بلوغ محرز نیست و جای آن ادلّه نیست ولی در ما نحن فیه یعنی فاسق، این جهت محرز است و لذا قابلیّت جریان اصالة الصّحة را دارد. پس ما نحن فیه نظیر شک در بلوغ نیست.

قوله: نعم:

پس تصرف فاسق و معاملات با او جایز نیست و بلکه باید مال یتیم را از او گرفت حال اگر

چنانچه فاسق با مشتری مسلمانی معامله کرده و مال یتیم را به او فروخته و مثمن را تحویل داده و ثمن را تحویل گرفته، آیا دیگران باید این معامله را فسخ کنند؟ خیر، زیرا آنچه واجب است حفظ مال یتیم از تلف شدن و اصلاح آن مال است و الان نمی‌دانیم که آیا مال یتیم ثمن و پولی است که دست بایعِ فاسق است؟ یا ثمن و متاعی است که در دست مشتری است؟ اصالة الصّحة در فعل مسلمان می‌گوید: انشاء الّه هر دو مسلمانند و تصرف هر دو صحیح است و در نتیجه باید گفت که مال یتیم همان ثمن است و باید از فاسق اخذ کرده و به عادل تحویل دهیم. پس در این فرض حکم به صحّت شد.

قوله: فتدبّر:

اشاره به اینکه باز هم جای اصالة الصحة نیست زیرا اصالة الصحة نسبت به فعل مشتری هم جاری شود نسبت به فعل بایع جاری نمی‌شود به بیانی که قبلاً ذکر شد که اصلاح مال یتیم بودن محرز نیست و در معاملات اصالة الصحة در یک طرف کافی نیست. در نتیجه معاملهٔ مذکور قابل فسخ است و عادل می‌تواند ثمن را از فاسق گرفته و به مشتری بدهد و متاع را از مشتری گرفته و برای یتیم حفظ کند.

قوله: ثمّ انّه:

حال که اصل جواز و مشروعیّت تصرّفات عدول مؤمنین در امور حسبیّه در فرض تعذّر فقیه، محرز شد این سؤال مطرح می‌شود که: آیا این وجوب یا استحباب تصرّف (لسان ادلّه متفاوت است از برخی وجوب مستفاد است چون امر کرده و از بعضی رجحان و استحباب و تحریص و تشویق مستفاد است.) صرفاً یک حکم تکلیفیِ محض است؟ یا از بابِ ولایت داری است و مؤمنین در فرض تعذّر فقیه ولایت دارند و نایب فقیه عادل هستند کما اینکه او نایب امام معصوم و منصوب از طرف امام علیه السلام است؟

ثمرهٔ این نزاع در جواز مزاحمت و عدم جواز آن ظاهر می‌شود که مصادیق مختلفی دارد و سه مورد را می‌آورند:

۱ـ در موردی که فرد عادلی بر مال یتیمی ید و سلطه پیدا کرده و مال در تحت اختیار او است. اگر مشروعیّت تصرفات صرفاً تکلیفی باشد، به همان نسبت که وجوب تصرف برای ذی الید ثابت است برای دیگران هم از باب واجب کفایی واجب است و در نتیجه در تحت اختیار فردی بودن مانع نمی‌شود و عادل دیگر می‌تواند سبقت بگیرد و با

رعایت مصلحت، آن مال را بفروشد و هر کدام زودتر فروختند، نوبت به دیگری نمی‌رسد. ولی اگر از باب ولایت و نیابت باشد باید گفت: به مجرّد وضع یَدْ، دیگران حق ندارند مزاحم ذی الید شوند و او است که حقّ تصرف دارد، (نظیر اینکه خود امام علیه‌السلام بر مال یتیمی وضع یَدْ کند که دیگران حق مزاحمت ندارند).

۲ـ در موردی که فرد عادلی مال یتیم را به نقل جایز (مثلاً بیع خیاری) به دیگری منتقل کرده در اینجا صوری فرض می‌شود:

الف: خیار به اصل شرع ثابت است مثل خیار مجلس و حیوان و عیب و غبن.

ب: خیار به جعل طرفین معامله ثابت است مثل خیار اشتراط، و خود این سه صورت دارد: **الف:** برای صغیر حق الخیار جعل شود.

ب: برای مطلق ولیّ حق الخیار جعل شود. ج: برای خصوص عاقد و فروشنده جعل خیار کنند. حال تنها در فرض اخیر دیگران حقّ مزاحمت ندارند، زیرا تصرّفی شده و نسبت به دیگران لازم است و نباید بهم بخورد. ولی در فرضهای قبلی اگر مشروعیّت بیع عاقد، از باب حکم تکلیفیِ صرف باشد دیگران هم در این حکم شریک‌اند و اگر مصلحت دیدند می‌توانند فسخ کنند و حال یتیم را مراعات کنند و متاع او را استرداد کنند. ولی اگر از باب ولایت باشد، دیگران حق مزاحمت و فسخ ندارند و تنها عاقد است که چنین حقّی دارد.

۳ـ اگر مؤمن عادلی متاع یتیم را در معرض بیع قرار داده ولی هنوز نفروخته، باز چنانچه این مشروعیّت تصرّف یک حکم تکلیفیِ محض باشد، دیگری می‌تواند اقدام کند و تا اوّلی این متاع را نفروخته او به فرد ثالث بفروشد (با مراعات اصلح) ولی اگر از باب ولایت باشد، حقّ مزاحمت ندارد.

رأی مرحوم شیخ این است که: این مشروعیّت تصرف برای مؤمنان از باب حکم تکلیفی است و مزاحمت در موارد مذکور جایز است و در «**و بالجمله**» می‌فرمایند: حکم عدول مؤمنان، حکم پدر و جدّ پدری است که در عرض هم بوده و هر دو حقّ دارند در اموال طفل صغیر تصرّف کنند و مادامی که دیگری تصرّف لازمی انجام نداده او حقّ دارد بفروشد، خریداری کند و... (البتّه به نظر می‌رسد عدول مؤمنان در فرض تعذّر فقیه قائم مقام فقیه هستند و همان اختیارات را دارند، کما اینکه فقیه در زمان غیبت نایب امام زمان (عج) است و در نتیجه ولایت دارند و اگر چنین شد جایی برای مزاحمت نیست.)

قوله: و امّا حکاّم الشرع:

عدول مؤمنین می‌توانستند مزاحم یکدیگر شوند، به بیانی که گذشت. امّا آیا حکاّم شرع یعنی فقهای جامع شرائط نیز چنین هستند و حقّ مزاحمت دارند یا خیر؟ یعنی اگر میّتی سرپرست و وارث ندارد و فقیه عادلی فردی را تعیین نمود تا بر میّت نماز بخواند، یا سرپرستی اموال میّت را به عهده بگیرد، یا خود فقیه بر مال یتیمی دست گذاشت و در صدد بر آمد تا در آن تصرّف کند. در اینجا پس از تحقّق اینگونه امور در خارج، مزاحمت معنا ندارد و تصرّف همان فقیه یا نمایندهٔ او صحیح و نافذ است ولی پیش از انجام این کارها (هنوز نمازی بر میّت خوانده نشد، تصرفی در مال او نشده و...) آیا فقیهِ عادلِ دیگر شرعاً حقّ دارد در کار فقیه دیگر دخالت کرده و مزاحمت نماید و او هم فرد دیگری را به عنوان سرپرست اموال میّت تعیین کند، شخص دیگری را برای نماز بر میّت مشخّص کند؟ یا چنین حقّی ندارد و به محض اقدام فقیهی، سایر فقهاء جامع شرایط باید تسلیم باشند و حقّ مداخله در آن کار ندارد؟

مرحوم شیخ می‌فرمایند: این مسأله (جواز و عدم جواز مزاحمت فقیهی با فقیه دیگر) مبتنی بر ادلّهٔ ولایت فقیه است: اگر مستند و مدرک ما برای اثبات ولایت فقیه، توقیع شریف باشد که می‌فرمود: «**و امّا الحوادث الواقعه فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا،**» نتیجه آن است که تا از سوی فقیهی تصرّف لازمی (بیع لازم مثلاً) انجام نشده (چه اصلاً تصرفی نکرده و یا معاملهٔ جایز و خیاری انجام داده) فقیه دیگر می‌تواند با او مزاحمت کرده و خودش اقدام نماید. زیرا به حکم حدیث مذکور بر غیر فقیه جامع الشرائط واجب است که امور و حوادث واقعه را به حکاّم و فقهاء ارجاع دهد و رأی آنها را جویا شود و مفهوم کلام آن است که: پس خود عوام مردم استقلال ندارند و حقّ دخالت ندارد و آنان نباید مزاحم فقیه باشند و امّا خود حکام شرع حق مزاحمت دارند، زیرا هر کدام از آنها راویِ حدیث ائمه و معنون به عنوان فقیه هستند و هر کدام از سوی امام علیه السلام حجّت و ولیّ هستند و امام علیه السلام آنها را بر این کار منصوب نموده است. پس برخود آنان واجب نیست که حوادث واقعه را به فقیه دیگر ارجاع دهند بلکه می‌توانند مباشرتاً اقدام کنند هر چند فقیه دیگر هم اقداماتی کرده و دست بر روی مال یتیمی گذاشته و او نیز قصد دخالت دارد.

(البته به این بیان اعتراض شده به اینکه: روایت از این حیث که در حوادث واقعه باید به فقهاء مراجعه کرد، در مقام بیان است و وظیفهٔ عوام را روشن می‌سازد که آنان در این کار مرجع و ملجأ نیستند و باید به فقهاء مراجعه کنند و اینان مرجع امور می‌باشند و امّا اینکه خود فقهاء اگر در یک عصری چند فقیه یکجا جمع بودند آیا همگی در عرض هم و مستقلّاً ولایت دارند و هر کدام حق دخالت دارند و با وجود اقدام دیگری هم چنین حقّی محفوظ است؟ توقیع از این حیث در مقام بیان نیست و در فرض شک در جواز مزاحمت از اصل اوّلی که اصل عدم ولایت باشد استفاده می‌کنیم زیرا با وجود تولّی و تصدّیِ فقیهی مثل او آیا باز هم او ولایت و حق تصرف دارد یا نه؟ قدر متیقن فرض عدم تصدّیِ مثل او است.) در ادامه مرحوم شیخ دو تشبیه و تنظیر می‌آورند:

۱ـ حال که از توقیع شریف، جواز مزاحمت را استفاده کردیم می‌گوییم: حال فقهاء نسبت به یکدیگر شبیه حال پدر و جدّ پدری نسبت به یکدیگر است که شرعاً هر دو ولایت (جواز تصرّف تکلیفی) دارند و در عرض یکدیگرند و در این حکم مشارکت دارند و لذا هر کدام زودتر اقدام کرد همان نافذ است هر چند دیگری مقدّماتی را نیز انجام داده است مثلاً یکی صلاح می‌داند که با پول طفل فلان متاع را خریداری کند و دیگری بنا را بر تصرّف دیگری می‌گذارد و تا اوّلی خرید را انجام نداده دوّمی حق تصرّف دیگر را دارد. فقهاء نیز چنین هستند.

۲ـ حالِ فقهاء مثل دو قاضی و حاکم شرع (قاضیِ تحکیم) است که طرفین نزاع نزدیکی از آندو رفته و نزد او طرح دعوا نموده‌اند و او هم سخنان طرفین را شنید، پرونده را دید و، شهود از طرفین خواسته، از رأی خودش هم منصرف نشده و بنا را بر قضاوت دارد .و ولی هنوز حکم صادر نکرده، طرفین نزد حاکم دیگری رفتند، حاکم دیگر حق حکومت و قضاوت دارد و اگر زودتر حکم صادر کرد، نوبت به اوّلی نمی‌رسد. آری پس از صدور حکم از سوی اوّلی، طرفین باید بپذیرند و حقّ ندارند رأی او را ردّ کنند.

قوله: و امّا لو:

و امّا اگر مستند و مدرک ما بر ولایت فقیه، عمومات ادلّهٔ نیابت باشد (از قبیل: اللّهم ارحم خلفائی، فانّی جعلته علیکم حاکماً، مجاری الامور بایدی العلماء باللّه، اینان اولو الامر امر می‌باشند و...) که فعل فقیه را مثل فعل امام و رأی و نظر فقیه را مثل نظر امام و به

منزلهٔ آن می‌دانند. باید گفت: مزاحمت جایز نیست. زیرا به حکم این اخبار و عمومات، فقیه نایب امام‌علیه‌السلام است و فقهاء نوابِ عامّ امام‌علیه‌السلام می‌باشند و همانطوری که اگر منوب عنه یعنی خود امام‌علیه‌السلام اقدام می‌کرد و وارد قضیّه می‌شد، بنا را بر تصرّف می‌گذاشت، وضع ید بر مالی می‌نمود، اختیار کاری را به عهده می‌گرفت و... دیگران به هیچ وجه حقّ مزاحمت نداشتند، همچنین اگر نایب امام یعنی فقیه هم وارد قضیّه شد و مقدّماتی را انجام داد دیگران حقّ مزاحمت ندارند چرا که نظر او مثل نظر امام و فعل او به منزلهٔ فعل امام علیه‌السلام است و تعدّی از رأی و نظر او جایز نیست.

قوله: لا من حیث:

گویا کسی می‌گوید: جناب شیخ اعظم خود شما سابقاً در دلالت این عمومات بر ولایت فقیه مناقشه کردید و فرمودید: این عمومات نمی‌توانند دلیل بر ولایت فقیه باشند، ولی حالا خودتان به این عمومات استناد کرده و نتیجه می‌گیرید، آیا این تناقض نیست؟ مرحوم شیخ برای دفع این شبهه می‌گوید: از قضا ما الان هم همان عقیده را داریم که آن عمومات دلیل بر ولایت فقیه نیستند. منتها سابقاً گفتیم که ولایت فقیه دو معنا دارد:

الف: ولایت مطلقهٔ فقیه که ولایت بر اموال و انفس و اعراض باشد، مثل امام‌علیه‌السلام که ولایت مطلقه داشت. **ب:** ولایت غیر مطلقه که در امور حسبیّه که اصل وجود آنها مطلوب بود، گفتیم: با وجود فقیه جامع شرایط، دیگران حقّ دخل و تصرف ندارند و حتماً باید به او مراجعه کنند. و ما در این بخش ولایت فقیه را پذیرفتیم و الان سخن ما در همین بخش است و می‌گوییم: حال که فقیه در این بخش ولایت و نیابت دارد و نایب الامام است لازمه‌اش آن است که همان حکمی که امام‌علیه‌السلام داشت فقیه هم داشته باشد و کسی با امام قدرت مزاحمت نداشت، با فقیه هم حقّ مزاحمت ندارد.

قوله: بل من حیث:

در اینجا به تعلیل ذیلِ توقیع شریف اشاره کرده و می‌فرمایند: این ذیل می‌فرماید: فانّهم حجّتی علیکم... یعنی فقهاء حجّت من بر شما هستند، و اگر منظور صرف جواز شرعی و تکلیفی بود و نظیر جواز تصرّف پدر و جدّ بود بجا بود بفرماید: فانهم حجّة الله علیکم، ولی تعبیر به «حجّتی» کرده یعنی اینان از ناحیهٔ من بر شما حجّت می‌باشند و این بدان معنی است که در هر چه من حجّت بودم اینان حجّت و مرجع امورند، و اگر امام بود

کسی حق مزاحمت با او را نداشت، پس با منصوبین از طرف امام نیز کسی حقّ مزاحمت ندارد.

(ضمناً شیخ اعظم به صدر توقیع یعنی جملهٔ فارجعوا فیها الی رواة حدیثنا، برای جواز مزاحمت استناد کردند و به ذیل آن یعنی جملهٔ فانّهم حجتی علیکم، برای عدم جواز مزاحمت استناد کردند، حال آیا شیخ اعظم تناقض گوئی کرده در جواب می‌گوییم: آن مطلب در ارتباط با صدر توقیع و قطع نظر از ذیلِ آن بود، و این سخن با عنایت به ذیل و تعلیل است و از آن رهگذر که علّت به منزلهٔ نصّ می‌باشد، مقدّم است و نظر نهایی شیخ اعظم همین است.)

قوله: فقد ظهر:

ضمناً فرق فقهاء جامع شروط با پدر و جدّ پدری (که قبلاً شبیه کردند) روشن شد، زیرا فرق است بین اینکه فقهاء حجّت الهی باشند (پس مثل اب و جدّ هستند و مزاحمت جایز است) یا هر کدام نایب امام زمانعليه‌السلام باشند (پس مثل امام بوده و مزاحمت با آنان جایز نیست.)

قوله: و ربّما یتوهّم:

بعضی توهّم کرده‌اند که فقهاء متعدّد مثل وُکلاء متعدّد هستند و همانطوری که اگر یک نفر چندین وکیل تامّ الاختیار داشته باشد و هر کدام وکالت بر بیع فلان مال داشته باشند، می‌توانند مزاحمت کنند یعنی با وجود اینکه وکیلی اقداماتی کرده و مقدّماتی را تدارک دیده، معذلک وکیل دیگر می‌تواند اقدام کند و فلان بیع را انجام دهد، همچنین فقهاء نیز در حقیقت وکلای امامعليه‌السلام هستند، و حکم وکیل را دارند پس مزاحمت بعضی با بعضی دیگر جایز است.

مرحوم شیخ می‌فرمایند: در باب وکالت وکلای متعدّد، دو فرض مطرح است:

۱ـ آنان فقط در اصل بیع و ذی المقدّمه وکالت داشته باشند و در مقدّماتِ کار وکیل نباشند و به سلیقهٔ خویش آنها را فراهم کنند، در چنین فرضی ولو وکیلی صد تا مقدّمه را انجام داده باشد ولی هنوز ذی المقدّمه و مورد وکالت را انجام نداده و فرض این است که سایر وکلاء نیز در این عمل مثل او وکیل می‌باشند، پس مزاحمت جایز است.

۲ـ آنان نه فقط در اصل ذی المقدّمه بلکه در جمیع مقدّمات هم وکالت دارند و از

هر حیث مثل خود موکّل می‌باشند در چنین فرضی همانطوری که اگر خود موکِّل متاعش را در معرض بیع قرار می‌داد و مقدّماتی را انجام می‌داد، وکیلها حقّ مزاحمت نداشتند، همچنین وکیل کذائی مثل موکّل است و به محض اقدام، وکلای دیگر حق مزاحمت ندارند و فعلاً دست آنها کوتاه است، مگر وکیل اوّل منصرف شود یا به نحوی کار را ناتمام بگذارد، اینجا است که نوبت به بقیّه می‌رسد. حال فقهاء عظام بر فرض که نظیر وکلای شخص واحد باشند امّا وکلای از قسم دوّم هستند و در نتیجه مزاحمتِ آنان جایز نیست. و توهمّ مزبور از اینجا ناشی شده که: متوهّم وکلای معمولی را ملاحظه کرده که تنها نسبت به ذی المقدّمه وکالت دارند، و آن قیاس ناروا را انجام داده غافل از اینکه وکالت فقهاء از فرض دوّم است.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: ادلّهٔ نیابت فقیه هم مثل ادلّهٔ وکالت وکیل بر بیش از ولایت یا وکالت بر نفس عمل، دلالتی ندارند و مقدّمات را شامل نمی‌شوند در نتیجه حال حکّام شرع مثل وضع وکلای متعدّد در توکیل‌های معمولی است و تا اصل کار انجام نشده جای مزاحمت هست.

قوله: مضافاً:

در این فراز دلیل دیگری می‌آورند مبنی بر اینکه مزاحمت فقیهی با فقیه دیگر جایز نیست. و اگر فقیهی إقدام کرد و وارد قضیّه شد، فقهای دیگر حقّ دخل و تصرّف ندارند. و آن اینکه: جواز مزاحمت مستلزم هرج و مرج و اختلال نظامِ مصالحی است که به عهدهٔ حکّام شرع نهاده شده، زیرا آنان برای حفظ مصالحِ صغار و مجانین و قاصرین و... ولایت بر تصرّف در اموال آنها پیدا کرده‌اند و اگر بنابر مزاحمت باشد و هر فقیهی به سلیقهٔ خویش تصرّفی نماید، لا جرم نقض غرض شده نظام این مصالح مختلّ می‌گردد. به ویژه در زمانهای ما (زمان شیخ اعظم اگر چنین بوده پس از منهٔ متأخر به طریق اولی) که مدّعیان حکومت و حاکم شرع و فقیه بودن و حقّ تصرّف داشتن، زیاد شده است و اگر مزاحمت جایز باشد حتماً آن محذور اختلال نظام پیش می‌آید که منظور و مطلوب شارع نیست بلکه مبغوض است. (نکته: نظیر این اشکال در باب ولایتِ عدول مؤمنان و جواز مزاحمتِ آنان نیز قابل طرح است ولی مرحوم شیخ در آن باب جواز مزاحمت را

پذیرفتند و در باب فقهاء نمی‌پذیرند، لذا جای این سؤال هست که: ما الفرق بینهما؟)

قوله: فقد تبیّن:

از دو دلیل مذکور کاملاً روشن شد که در هر الزام قولی یا فعلی که بایستی به فقیه رجوع شود فقیه دیگر حق مزاحمت ندارد، پس اگر فقیهی مال یتیم را قبض کرد، یا شخصی را برای قبض آن معیّن کرد یا کسی را ناظر بر اموال یتیم قرار داد، سایر فقهاء حق ندارند مخالفت نمایند، چرا که نظر فقیه همانند نظر امام علیه‌السلام است که مخالفت با نظر امام علیه‌السلام قطعاً جایز نیست.

قوله: و امّا جواز:

گویا کسی می‌پرسد: پس چرا در باب قضاوت فرمودید: مزاحمت جایز است و تا فقیه و قاضیِ شرع قضاوت نکرده فقیه دیگر حق قضاوت دارد؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: این باب نکته‌ای دارد و آن اینکه: تا طرفین دعوی به کسی مراجعه نکنند، بر او قضاوت و حکومت واجب نیست و لذا اوّل به فقیهی مراجعه داشتند و بر او قضاوت واجب شده او هم مقدمات کار را انجام داد ولی بعداً طرفین نزد قاضیِ دیگری رفتند و این به معنای عدول آنان از نظر فقیه اوّل است و با عدول و اعراض بر فقیه اوّل واجب نیست قضاوت کند و تنها بر دوّمی واجب می‌شود

قوله: ثّم انّه:

از نظر مرحوم شیخ اولیاء تصرّف در اموال قاصرین (کسانی که استقلال در تصرّف ندارند) عبارت بودند از ۱ـ پدر و جّد پدری یا وصّی آنها نسبت به اموال طفل ۲ـ فقهاء جامع شرائط نسبت به اموال اطفالِ بی‌سرپرست، مجانین، سفهاء و... ۳ـ و عدول مؤمنین در فرض تعذّر فقیه حال دربارهٔ ولایت پدر و جدّ در مسألهٔ خودش بحث کردیم که آیا با مراعات مصلحت حقّ تصرّف در اموال طفل دارند؟ یا با فرض عدم مفسده چنین حقّی دارند ولو مصلحتی نباشد؟ یا مطلقاً تصرّف پدر و جدّ نافذ و مشروع است ولو به ضرر طفل باشد؟ مختار مرحوم شیخ قول وسط بود و عدم مفسده را کافی دانستند.

حال نظیر این بحث دربارهٔ ولایت غیر پدر و جدّ (یعنی ولایت فقیه و مؤمنِ عادل) نیز مطرح است که آیا ولایت اینان و جواز و نفوذ تصرّف آنان در اموالِ طفل و غیره مشروط به مراعات مصلحت است و تنها در این صورت ولایت دارند؟ یا مشروط به

رعایت مصالح و منافع طفل و غیره نبوده و مطلقاً ولایت دارند؟

مرحوم شهید اوّل در قواعد فرموده: در رابطه با اشتراط مصلحت دو وجه وجود دارد[۱] (۱ـ وجه اشتراط که عبارتست از اصل و آیه و در ادامه خواهد آمد، ۲ـ و وجه عدم اشتراط عبارتست از اصل عدم اشتراط که عندالشک جاری می‌شود.) ولی ظاهر کلام کثیری از فقهاء آنست که تصرّف فقیه و عادل بدون مراعات مصلحت اصلاً صحیح نیست و فقط بر فرض مصلحت صحیح است (وگرنه ضامن خواهند بود) و بلکه مفتاح الکرامه فرموده: اشتراط مصلحت میان فقهای امامیّه اجماعی است و ظاهر علاّمه در کتاب تذکره در باب حَجْر این است که: اشتراط مصلحت مورد قبول همهٔ مسلمانان است و شیعه و سنی بر آن اتّفاق نظر دارند[۲] و استاد صاحب مفتاح الکرامه، جناب کاشف الغطاء در شرح قواعدش فرموده: ظاهر اصحاب (فقهای امامیّه) اشتراط مصلحت است.[۳] و قبلاً دیدیم که شیخ طوسی و ابن ادریس حلّی حتی در مورد پدر و جدّ پدری هم مصلحت را شرط ولایتِ آنان می‌دانستند و اگر در مورد اَبْ و جدّ این امر شرط باشد پس در مورد سایر اولیای تصرّف، به طریق اولی شرط خواهد بود.

قوله: و یدلّ علیه:

مضافاً به ادّعای اجماع مذکور، عمده دلیلِ اشتراط مصلحت، دو امر است:

دلیل اوّل اصل عدم ولایت است: مکرّر گفتیم که اصل اوّلی در اسلام و از نظر عقل و عقلاء این است که جز خداوند که خالق و هستی بخش ما است و همه چیز ما از او است، هیچکس بر دیگری ولایت ندارد، نه ولایت بر جان کسی داریم (به حکم: **لا تکن عبد غیر و قد جعلک الّه حرّاً**) و نه ولایت بر مال کسی داریم (به حکم: لا یجوز لا حدان یتصرف فی مال اخیه الّا باذنه، لا یحلّ ان یتصرّف الّا بطیب نفسه، الناس مسلطون علی اموالهم و...) و نه ولایت بر آبرو و ناموس کسی داریم (به حکم: الطلاق بید من اخذ بالساق و...) آنگاه ثبوت ولایت برای فقیه یا مؤمن عادل، بر خلاف اصل مذکور است و در اموری که خلاف اصل باشند باید به قدر متیقّن اکتفا کرد، و قدر متیقّن از ولایت، فرض وجود مصلحت و مراعاتِ منفعتِ مولّی علیه است و در فرض عدم مفسده یا

۱القواعد و الفوائد، ج ۱، ص ۳۵۲.　۲تذکرة الفقهاء، ج ۲، ص ۸۰.
۳شرح قواعد خطّی ورقهٔ ۷۱.

فرض وجود ضرر، شک در ولایت اینها پیدا می‌کنیم و اصل عدم ولایت جاری می‌شود.

دلیل دوّم: عموم آیهٔ شریفه: **لا تقربو مال الیتیم الّا بالّتی هی احسن**[1] کیفیت استدلال: مرحوم شیخ می‌فرماید: از آنجا که در کتب مربوطه (کتبی که دربارهٔ آیات الاحکام نوشته شده از قبیل: آیات الاحکام قطب راوندی، فاضل هندی و...) تفسیر جامعی از این آیه نشده، ما صلاح می‌دانیم که توضیحاتی در ارتباط با معنای آیه بدهیم: محور بحث روی دو کلمه دور می‌زند: ۱ـ کلمهٔ قرب ۲ـ کلمهٔ احسن.

امّا کلمهٔ قرب: آیه می‌فرماید: و لا تقربوا... یعنی ای اولیای تصرّف حق ندارید به مال یتیم نزدیک شوید مگر به نحوی که احسن و اصلح باشد. حال مراد از این قرب (که در آیه متعلّق نهی واقع شده) چیست؟ مرحوم شیخ چهار احتمال در این باره ذکر می‌کنند:

الف: قُرْبْ و نزدیک شدن به مال یتیم کنایه از مطلق تقلیب و تحریک مال یتیم باشد یعنی هر نوع تحریک و جابجائی و نقل و انتقال در مال طفل حرام است مگر بر وجه اصلح باشد، و مطلق تحریک اعمّ است از تحریک خارجی و تکوینی که کمترینِ آن است (یعنی همین اندازه مال طفل را از انباری به انبار دیگر، از شهری به شهر دیگر منتقل کند، بدون هیچ کار دیگری) و یا تحریک اعتباری و در عالم اعتبار باشد یعنی آن را بفروشد یا اجاره دهد و... نتیجه طبق این احتمال تحریک و جابجائی در مال یتیم باید با مراعات مصلحت باشد امّا ترک هرگونه تحریک و جابجائی، و اِبقاء مال یتیم به حال خودش یا در دست فرد خاصّی برای محافظت را شامل نیست که اینهم باید به نحو اصلح باشد یا در اینجا رعایت مصلحت لازم نیست.

ب: قُرْبْ به معنای نزدیکی است و منظور این است: شماها که از مال یتیم دور بودید و ارتباطی با آن نداشتید، همچنان از آن اجتناب کنید و بدان نزدیک نشوید و با آن ارتباط و تماس پیدا نکنید و بر آن مال وضع ید نکنید و آن را در تحت سیطره و اختیار خویش قرار ندهید مگر اینکه این دست گذاشتن برای طفل اصلح باشد پس وضع ید باید به نحوی باشد که به صلاح طفل باشد و امّا پس از وضع ید، وضع سایر تصرّفات چه می‌شود؟ آیا ابقاء و حفظ آن هم باید بالّتی هی احسن باشد؟ آیا تحریک مکانیِ آن هم

---

۱. سورهٔ اسراء / ۳۴.

باید اصلح باشد؟ حکم این امور از آیه فهمیده نمی‌شود (مگر به تنقیح مناط)

ج: مراد از قُرْبْ و نزدیک شدن کنایه از تصرّفات عرفیّه باشد (اموری که از دید عرف تصرّف محسوب می‌شوند) از قبیل قرض دادنِ مال طفل، فروختن آن، اجاره دادنش، مضار به دادن و... و منظور آیه این است که: اینگونه تصرّفات در مال طفل تنها در فرض اصلح بودنِ آنها، مشروعیّت دارد و جایز است و اولیای امور حقٍّ چنین کارهایی دارند، و امّا مسئلهٔ حفظ و ابقاء مال در دست اولیاء و ترک تصرّف وضعش چه می‌شود و آیا بر فرض اصلح بودن ترک تصرّف هم، تصرف جایز است یا خیر؟ این فرض از منطوق آیه و مفادمطابقی و تضمّنيِ آن فهمیده نمی‌شود، مگر از راه تنقیح مناط حکمش بدست آید (مناط عدم جواز تصرف، احسن و اصلح نبودن آن باشد و مناط جواز تصرّف هم احسن و اصلح بودنِ آن است و همین مناط در ابقاء مال و عدم تصرّفِ در آن وجود دارد.)

د: منظور از قرب به مال یتیم عبارت باشد از مطلق امور اختیاریّه‌ای (قید اختیاری برای آن است که نهی تکلیف است و باید به امر وجودی یا عدميِ مقدور تعلّق بگیرد.) که به نحوی با مال یتیم ارتباط پیدا می‌کند خواه فعلی از افعال باشد یا ترکی از تروک، و طبق این احتمال معنای آیه این می‌شود که: در مورد مال یتیم هیچ فعل یا ترکی را حق ندارید اختیار کنید مگر اینکه اَحْسن از دیگری باشد بنابر این اگر تحریک مکانی اصلح است همان را باید اختیار کنید و نباید ترک کنید، و اگر وضع ید اصلح بود باید همان را اختیار کنید، و اگر تحریک اعتباری اصلح بود همان باید اختیار شود و اگر ابقاء و حفظ و ترک تصرّف اصلح بود همان را باید اختیار کند و تمام امور مربوط را شامل می‌شود.

و امّا کلمهٔ احسن: در این مورد نیز چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ مراد از اَحْسَنْ افعل تفضیلی و دالّ بر تفضیل باشد آنهم اَحْسَنِ نسبی یعنی هر کاری را باید نسبت به ترک خودش بسنجیم و اگر فعل نسبت به ترک اولی است همان را اختیار کنیم، یا بالعکس.

۲ـ مراد افعل تفضیلی باشد آن هم اَحْسَنِ مطلق باشد یعنی هر کاری که می‌خواهید بکنید هم باید از ترک همان کار بهتر باشد و هم از جمیع تصرّفات دیگر بهتر باشد.

۳ـ مراد از اَحْسَنْ به معنای حَسَنْ باشد (که ثلاثی مجرّد است و به قول ائمّهٔ نحو وزن اَفْعَلْ اگر بدون الف و لام و بدون تنوین استعمال شود به معنای ثلاثی مجرّد بکار

می‌رود.) آنهم حَسَنْ معنای اثباتی و ایجابی داشته باشد اَیْ ما فیه مصلحةٌ. یعنی کاری که در آن کار مصلحت باشد ولو در مقایسه با کار دیگر اصلح از آن نباشد بلکه مساوی و برابر باشند.

۴ـ مراد حَسَنْ باشد آنهم به معنای سلبی اَیْ ما لا مفسدة فیه یعنی هر تصرفی که دارای مفسده نباشد هر چند دارای منفعت هم نباشد.

قوله: ثمّ انّ:

حاصل ضرب چهار احتمالِ مذکور در معنای اَحْسَنْ، در چهار احتمال معنای قُرْبْ، عبارتست از: شانزده احتمال، پس آیه را شانزده‌گونه می‌توان معنا کرد. ولی مرحوم شیخ از میان مجموعهٔ احتمالات مذکور، یک احتمال را اختیار می‌کنند و آن اینکه: قُرْبْ به معنای سوّم باشد یعنی تصرّفات وجودی (بیع، اجاره و...) منظور باشد. و شاهد این معنا ظهور عرفی و قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع است، زیرا موضوع مال الیتیم و قرب به آن است و آن معنایی که با این موضوع مناسبت دارد همان تصرّف در مال یتیم است نه ابقاء و ترک تصرّف. و احسن هم به معنای دوّم یعنی احسن مطلق باشد یعنی تصرفی که هم از ترک خودش اَحْسَنْ است و هم از تصرّفات دیگر، و شاهد این معنا آن است که وزن اَحْسَنْ وزن افعل تفضیلی و از صیغ آن باب است و اصل در آن باب تفضیل است و چون مفضَّلُ علیه ذکر نشده حذف متعلّق مفید عموم است یعنی تصرفی که از غیر خودش مطلقاً افضل باشد چه غیر آن، ترک آن باشد، و چه تصرفهایی دیگر باشد.

قوله: فاذا فرضنا:

در این فراز از مجموع شانزده احتمال در معنای آیه به سه احتمال اشاره می‌کنند و نتیجه و ثمرهٔ هر کدام را بیان می‌کنند و سایر احتمالات یا مهمّ نیست و دلیل قرینه ندارد و یا نتیجه‌اش با این احتمالات، مثل هم می‌باشد. و امّا سه احتمال:

احتمال اوّل: بنابر اینکه مراد از قرب معنای سوّم یعنی تصرّفات وجودی باشد و مراد از اَحْسَنْ هم اَحْسَنِ مطلق باشد که مختار شیخ بود، اگر فرض کردیم که فعلاً به مصلحت یتیم است که متاعش فروخته شود و به نقدرایج بلد تبدیل شد و روی مراعات مصلحت، متاع او را به ده درهم فروختیم. سپس فرض کردیم که از نظر مصلحت یتیم فرقی ندارد که همین ده درهم را برای او حفظ و نگاهداری کنیم، یا آن را به یک دینار

تبدیل کنیم و دینار را حفظ کنیم، آیا تبدیل دراهم به دینار جایز است یا نه؟ می‌فرماید: بنابر معنای مذکور (احسن مطلق) تبدیل جایز نیست زیرا که به مصلحت یتیم نمی‌باشد و چنان نیست که انجام این تبدیل از ترک آنِ بهتر باشد تا بتوانیم انجام دهیم و باید هر تصرّفی دارای ملاک باشد، البته این را قبول داریم که: ولّیِ یتیم از روز اوّل که هنوز تصرّفی نکرده بود و متاع را تبدیل به نقد نکرده بود مختار بود که آن را به ده در هم تبدیل کند یا به یک دینار، زیرا مهّم اصل تبدیل بود و آنکه صد در صد به مصلحت طفل بود اصل تبدیل جنس به نقد بود و قدر جامع مصلحت داشت و امّا خصوص دراهم یا دینار فرقی نداشت و لذا روز اوّل مخیّر بود و تبدیل به دراهم را برگزید، حال دوباره می‌خواهد معاملهٔ دیگری نماید و تصرّف دیگری انجام دهد و دراهم را به یک دینار بفروشد، این تصرّف هم باید از ترکش بهتر باشد در حالی که فرقی به حال طفل ندارد، پس تبدیل دوّم جایز نیست.

قوله: امّا لو جعلنا: احتمال دوّم:

بنا بر اینکه مراد از قُرْبْ معنای سوّم باشد ولی مراد از احسن، حسن باشد و مراد از حسن هم مٰالٰا مفسدة فیه باشد یعنی هر تصرفّی که در آن مفسده و ضرری بحال طفل نباشد جایز است. طبق این احتمال تبدیل دراهم به دینار جایز است زیرا گرچه مصلحت ندارد ولی مفسده هم ندارد و عدم مفسده کفایت می‌کند.

احتمال سوّم: قوله: و کذا لو جعلنا:

بنابر بر اینکه قرب به معنای چهار می‌باشد یعنی مطلق امور اختیاریّه‌ایکه در رابطه با مال یتیم باشد (اعّم از افعال و تروک، افعال خارجی و تحریک مکانی یا افعال اعتباری و...) باید دارای مصلحت باشد یعنی هر فعل یا ترک را که اختیار می‌کنید باید از مقابل خودش و سایر تصرّفات اصلح باشد تا مجوزّ داشته باشیم بنابر این احتمال نیز تبدیل دراهم به دینار جایز است، زیرا از طرفی طبق این احتمال، ابقاء در هم به حال خودش و ترک تصرّف در آن هم قُرْبْ است. و از طرفی دیگر فرض اینست که از روز اوّل آنکه مصلحت داشت قدر مشترک میان تبدیل به دراهم یا به دینار بود، یعنی اصل تبدیل متاع به نقدرایج مصلحت داشت نه خصوص تبدیل به دراهم یا خصوص تبدیل به دینار، و وقتی کلّی و قدر جامع، اصلح و انفع بود و ولی بدان امر شد و این کلّی دو فرد داشت به حکم عقل

مخیّر است هر فردی را انجام دهد، پس روز اوّل در اصل تبدیل به دراهم یا دینار مخیّر بود (تخییر ابتدائی) همین ملاک در ادامه نیز وجود دارد زیرا که الان ابقاء دراهم و ترک تبدیل، یا تبدیل دراهم به دینار هر کدام قُرْبْ به معنای چهارم می‌باشند و هیچکدام از دیگری احسن نیست. پس استدامةً هم مخیّر است. (تخییر استدامه‌ای) و می‌توانند از فردی به فرد دیگر عدول کند، زیرا فرقی به حال یتیم ندارد (گرچه برای تصرّف کننده فرق داشته باشد و حفظ دینار آسانتر باشد و...) و لذا مخیّر است.

ان قلت:

چرا نظیر همین تخییر ابتدائی و استمراری را در رابطه با معنای سوّم قرب، نگفتید؟ طبق آن معنا هم، ولّی طفل روز اولی مخّیر بود که متاع را به دراهم یا به دینار تبدیل (تخییر ابتدائی) آنگاه در ادامه نیز مخیّر باشد بین ابقاء و تبدیل به دینار (تخییر استمراری)؟

قوله: قلت:

جواب اینست که: طبق معنای سوّم فقط تصرفات وجودی مطرح بود واینکه فعلش از ترک آن و سایر افعال ارجح باشد و ترک تصرّف را شامل نبود و فرض اینست که تصرّف وجودی و تبدیل در هم به دنیار به صلاح یتیم نیست و اولوّیتی ندارد، پس مجوّزی برای تبدیل دوّم نیست. ولی طبق معنای چهارم تصرّف عدمی و به تعبیر بهتر: ترک تصرّفات نیز قُرْبْ است و باید قرب بالتّی هی احسن باشد و در ما نحن فیه ابقاء دراهم بر حال خودش با تبدیل آن به دینار فرقی ندارد و مساوی است و کسی نمی‌تواند بگوید: معیّناً ابقاء ارجح است یا معیناً تبدیل احسن است. و وقتی هر دو از این حیث مساوی بودند، جای تخییر است.

قوله: لکن الانصاف:

اگر قُرْبْ به معنای چهارم باشد نتیجه همان است که آوردیم (جواز تبدیل دراهم به دینار) ولی انصاف اینست که: معنای چهارم نسبت به معنای سوّم مرجوح است زیرا قرب شامل ترک تصرف و ابقاء مال بر حال خودش، نمی‌شود و به قرینهٔ مناسبت حکم و موضوع، حمل بر تصرّفات وجودی شد. و نتیجهٔ معنای سوّم روشن شد که تبدیل جایز نیست مگر اَحْسَنْ به معنای حَسَنْ و آنهم به معنای عدم مفسده باشد. آری اگر غرضِ و منظور شارع را بخواهیم بفهمیم که به چه منظوری این نهی را فرموده؟ و احتمال قوی

دادیم که منظور این باشد که هرگونه دخل و تصرّفی و فعل و ترکی در رابطه با مال یتیم باید اَحْسَنِ مطلق باشد (از ترک آن یا از فعل دیگر) وگرنه جایز نیست. نتیجه معنای چهارم و جواز تبدیل است. ولی تحصیل غرض شارع صرف حدس و گمان و مظنّه است و پشتوانه‌ای ندارد و به خاطر این امر ظنّی نتوان از ظهور عرفی در معنای سوّم که بناء عقلاء پشتوانهٔ آن می‌باشد، صرفنظر و رفع ید نمود. پس ما معنای سوّم را برای قُرْبْ و معنای دوّم را برای اَحْسَنْ اختیار می‌کنیم و نتیجه‌اش عدم جواز تبدیل دراهم به دینار است که گذشت.

قوله: نعم:

تا به حال به حکم اصل عدم ولایت... و به حکم آیهٔ ولاتقربوا... با معنای مختار از کلمهٔ قرب و احسن، نتیجه این شد که غیر پدر و جدّ از سایر اولیای تصرّف حتماً باید مراعات مصلحت را بنمایند و تنها در این فرض تصرّفات آنها نافذ است و اگر مصلحت نداشت نافذ نیست، گرچه مفسده هم نداشته باشد. ولی در این فراز مرحوم شیخ به مطلب مذکور تبصره‌ای زده و می‌فرمایند: از برخی روایات استفاده می‌شود که مناط حرمت تصرّف ضرر است یعنی اگر تصرّفی به ضرر یتیم باشد جایز نیست که مفهومش اینست که: اگر به ضررش نبود جایز است مطلقاً یعنی چه به نفع یتیم باشد و چه نه به نفع باشد و نه به ضرر، نه اینکه مناط جواز تصرّف وجود منفعت باشد که نتیجه‌اش این شود که: پس اگر منفعت نبود تصرّف جایز نیست مطلقاً چه مفسده باشد و چه نه مصلحت و نه مفسده، و بالجمله منظور شیخ اعظم اینست که: به حکم پاره‌ای از روایات وجود مصلحت لازم نیست و عدم مفسده کافی است (همانطوری که در ولایت پدر و جدّ نیز شیخ اعظم همین رأی را داشتند و عدم مفسده را کافی دانستند.) و آن روایات عبارتند از:

۱ـ روایت حسنهٔ کاهلی: به امام صادقعليه‌السلام عرض کردم: ما برادری در خانهٔ اَیتام داریم که گاه و بیگاه برای دیدن او به دارالایتام می‌رویم، و بر روی فرش آنان می‌نشینم، از آب آشامیدنیِ آنان می‌نوشیم، خادم یتیمان (مقداری وقتش را برای ما صرف کرده و به ما) خدمت می‌کند، و گهگاهی در آنجا غذا می‌خوریم در حالی که در آن غذا از طعام ایتام نیز موجود است. حال نظر مبارک شما در این باره چیست؟

حضرت دو جملهٔ شرطیّه فرمود: ۱ـ ان کان فی دخولکم علیهم منفعة لهم فلا بأس

۲ـ و ان کان فیه ضررٌ فلا[۱] در اینکه منظور از این دو جمله چیست؟ احتمالاتی وجود دارد که نخست از باب مقدّمه باید به معنای کلمهٔ نفع و ضرر اشاره کنیم: در معنای آندو و چهار احتمال وجود دارد:

۱ـ هر دو دارای معنای وجودی باشند: نفع یعنی فایده و مصلحت داشتن، و ضرر یعنی مفسده داشتن.

۲ـ هر دو معنای عدمی داشته باشند: نفع یعنی عدم المفسده و ضرر یعنی عدم النفع.

۳ـ نفع معنای وجودی داشته باشد: یعنی فایده و مصلحت داشتن ولی ضرر به معنای عدم النفع باشد.

۴ـ نفع دارای معنای عدمی باشد: یعنی عدم الضرر ولی ضرر معنای ایجابی داشته باشد یعنی مفسده داشتن با حفظ این نکته، مرحوم شیخ می‌فرماید: استدلال به این حدیث بنا بر همین احتمال اخیر است که نفع دارای معنای عدمی باشد و منظور امام علیه السلام اینست که: اگر رفتن شما به دارالایتام و ورود شما بر آن به حال آنان نافع است یعنی ضرری به آنها وارد نمی‌شود بلکه به موازات طعامی که مصرف کرده‌اید، عوض می‌پردازید (نه بیشتر تا معنای وجودی شود.) در این صورت ورود و استفادهٔ شما از مال ایتام بلامانع است. ولی اگر رفتن شما بدانجا مضّر است یعنی از غذای آنان تناول می‌کنید ولی به موازات آن یا اصلاً چیزی نمی‌پردازید و یا کمتر از مقداری که مصرف کرده‌اید می‌پردازید که در هر حال به آنان ضرر می‌زنید، این تصرّفات شما جایز نیست. و طبق این احتمال میان صدر و ذیل حدیث یعنی دو جملهٔ شرطیه هیچ تهافتی دیده نمی‌شود بلکه کاملاً سازگارند و ملاک همان نبودن مفسدة است که اگر نباشد جایز است و اگر باشد جایز نیست ولی مرحوم صاحب جواهر هر دو جملهٔ شرطیّه را وجودی و ثبوتی معنا کرده یعنی هم نفع را به معنای مصلحت داشتن معنا کرده (به این نحو که اگر چیزی از مال ایتام مصرف می‌کنید دو یا چند برابر به آنها کمک می‌کنید و به سود آنها تمام می‌شود) و ضرر را به معنای مفسده داشتن معنا کرده (که در احتمال قبلی هم همین معنا بود.) سپس فرموده: این دو جملهٔ شرطیّه با یکدیگر تنافی دارند زیرا شرطیّه اوّلی می‌گوید: اگر ورود

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۸۳ و ۱۸۴، باب ۱۷، حدیث اوّل.

شما به صلاح ایتام باشد و کمک شایانی بدانها بکنید، مانعی ندارد. مفهوم شرط آنست که: پس اگر ورود به مصلحت آنها نباشد، جایز نیست از طعام آنها بخورید مطلقا یعنی چه به ضرر آنها باشد و چه نه فایده داشته باشد و نه ضرر (به اینکه فقط به اندازهٔ طعامی که خوردید، عوض بدهید) و شرطیّه دوّمی می‌گوید: اگر ورود شما به ضرر آنها باشد و غذای آنها را بخورید و کمتر از مقدار قیمت را بدهید یا اصلاً ندهید جایز نیست. مفهومش اینست که: پس اگر ورود به ضرر نباشد جایز است مطلقا چه به نفع آنها باشد و یا مجرّدِ عدم مفسده باشد. آنگاه هر دو جملهٔ شرطیّه در مورد عدم مفسده و منفعت تعارض می‌کنند و جملهٔ اوّل یا صدر می‌گوید: چون منفعت ندارد جایز نیست و ذیل می‌گوید: چون مفسده ندارد جایز است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: روایت ظهور ندارد در اینکه منفعت به معنای ایجابی و مصلحت داری باشد تا تنافی پیدا شود بلکه به معنای عدم مفسده است و با جمله بعدی منافاتی ندارد همانگونه که توضیح دادیم. و نتیجه گرفتیم. (بنابر احتمال دوّم که هر دو معنای عدمی داشته باشد مثل معنای وجودی باز تنافی هست. و بنابر احتمال سوّم هم نتیجه این است که: اگر به مصلحت بود تصرّف جایز است و اگر به مصلحت نبود جایز نیست. و مطابق با آیه واصل می‌شود و با نَعَمْ و تبصره‌ای که آوردیم تناسبی پیدا نمی‌کند. البته همین احتمال قویتر است زیرا ضرر را عدمی معنا کردن آسانتر است تا نفع را به عدم مفسده تفسیر کنیم.)

۲ـ روایت ابن مغیره: به امام صادق علیه‌السلام عرض کردم: من برادر زاده‌ای داریم که یتیمه (دختر بچّهٔ یتیم) است و نزد ما زندگی می‌کند و گهگاهی چیزی را برای او هدیه می‌آورند و ما از آن هدایا استفاده می‌کنیم و بعد عوض آن را از مال خودمان به طفل می‌دهیم و بینی و بین الّه می‌گوییم: هذا بهذا یعنی این در مقابل آن طعامی که مصرف کردیم. این چه حکمی دارد؟ امام فرمود: «لا بأس» یعنی اشکالی ندارد.[۱]

کیفیت استدلال: امام علیه‌السلام در مقام جواب تفضیل نداد و نفرمود که: اگر طعامی که در عوض می‌دهید زیادتر باشد اشکال ندارد و اگر به اندازه باشد اشکال دارد بلکه بطور مطلق فرمود: «لا بأس» و ترک استفصال مفید عموم است و هر دو فرض مساوات و زیاده

۱. وسائل الشیعه، ج ۱۲، ص ۱۸۴، باب ۷۱، حدیث.

را شامل است و تنها فرض نقیصه قطعاً خارج است و اشکال دارد. پس ملاک عدم مفسده است چه مصلحت داشته باشد یا نه.

قوله: الّا ان یحمل:

مگر کسی به استدلال مذکور اشکال کرده و بگوید: منظور امام فرض وجود مصلحت است ولی اینکه تفصیل نداد از باب حمل بر غالب است که غالباً چیزی که به کودک یتیم هدیه می‌شود یا غذای پخته و آماده بوده یا میوه و سایر خوراکیها می‌باشد که زود فاسد می‌شوند، و به صلاح طفل است که کسی آنها را مصرف کند و در عوض میوهٔ تازه به بچّه بدهد، پس مورد حدیث از مواردی است که تصرّف در مال یتیم مصلحت دارد و به صلاح حال طفل است و لذا امام علیه السلام فرمود: «لا بأس». و این روایت دلیل بر کفایت عدم مفسده نمی‌شود بلکه دلیل بر مراعات مصلحت است که از اصل و آیه مستفاد بود و این روایت تبصره‌ای بر اطلاق و عموم اصل و آیه نیست.

قوله: و هل یجب:

تا به حال سخن در اصل لزوم مراعاتِ مصلحت بود و اینکه آیا مراعات مصلحت شرط جواز و نفوذ تصرّفات فقیه یا مؤمن عادل است؟ یا عدم مفسده کفایت می‌کند؟ رأی مشهور این شد که باید مصلحت باشد وگرنه تصرّفاتِ آنان نافذ نیست. اینک بحث دیگری مطرح است که بر مبنای مشهور اگر امر دائر شد میان صالح و اصلح (یعنی تصرّفی به مصلحت یتیم است ولی تصرّف دیگر بیشتر به صلاح او است، مثلاً اجاره دادنِ منزلِ یتیم انفع است از فروختنِ آن) آیا بر اولیاء تصرّف واجب است که اصلح را مراعات کنند؟ یا می‌توانند به صالح هم اکتفا کنند؟

شیخ اعظم می‌فرماید: در این رابطه دو وجه وجود دارد، و سپس عنان سخن را بدست با کفایت شهید اوّل در قواعدش می‌سپارند و بیان دو وجه را به کلام ایشان حواله می‌دهند: شهید در قواعد نخست این بحث را عنوان کرده که آیا بر ولی واجب است که مصلحت طفل را مراعات کند و هر تصرّفی که می‌کند حتماً به نفع طفل باشد؟ یا عدم المفسده کفایت می‌کند؟ فرموده: محتمل است بگوییم: مراعات مصلحت لازم است و سه دلیل بر آن اقامه کرده:

۱ـ ولی اصلاً از سوی شارع برای همین جهت (مراعات مصلحت) نصب گشته و

هدف از منصوب کردن او، همانا مراعات مصالح طفل است و اگر مراعات نکند نقض غرض لازم می‌آید.

۲ـ اگر ولی در تصرّفاتش مراعات مصلحت را بنماید حتماً تصرّفش نافذ است ولی اگر رعایت نکند شکّ می‌کنیم که آیا تصرّف او نافذ است یا نه؟ آیا بدین وسیله مال یتیم از ملک یتیم خارج و به مشتری منتقل می‌شود یا نه؟ (آیا بر این تصرّف هم ولایت دارد یا نه؟) (از اصل عدم نفوذ تصرّف و اصل عدم نقل و انتقال و اصل فساد در معاملات و اصل عدم ولایت) و اصل بقاء مال بر ملک یتیم که همان استصحاب باشد، استفاده می‌کنیم پس باید مراعات مصلحت بنماید.

۳ـ نقل و انتقال مال یتیم که یک فعل وجودی است و از ولّی صادر می‌شود و در عالم اعتبار تحقّق می‌یابد حتماً باید دارای غایت و هدفی باشد و امور عدمی صلاحیّت ندارند که غایتِ امر وجودی باشند (زیرا میان وجود و عدم سنخیّتی نیست) و عدم مفسده امر عدمی است، پس نمی‌تواند غایت و مقصد باشد بناچار باید یک امر وجودی منظور شود (آنهم یا مفسده است یا مصلحت، اوّلی قطعاً نیست و احدی نگفته که هدف مفسده و ضرر برای طفل باشد پس معیّناً باید) هدف مصلحت طفل باشد. (احتمال دوّم را که مراعات مصلحت لازم نباشد، متعرض نشده و شاید دلیل آن اصل عدم اشتراطِ مصلحت باشد)

سپس جناب شهید فرموده: بنابر این احتمال که رعایت مصلحت لازم شد، آیا بر ولّی واجب است که در میان تصرّفات دقّت و کاوش نموده و آن را که از دیگران اصلح و انفع به حال طفل است برگزینند؟ یا تحرّی و جستجوی اصلح لازم نیست و می‌تواند به مطلق مصلحت و اصل مصلحت اکتفا کند (و لو در مقایسه با غیر، اصلح نباشد)؟ در این رابطه دو وجه است:

۱ـ نَعَمْ یعنی آری مراعات اصلح لازم است، و دلیل آن همان سه دلیلی است که برای اصل مراعات مصلحت آوردیم

۲ـ لا یعنی خیر مراعات اصلح لازم نیست، زیرا جستجوی اصلح به جائی ختم نمی‌شود و نامتناهی است چرا که روی هر تصرّفی دست بگذاریم احتمال این که تصرّف بهتری باشد یا بلحاظ زمان و مکان تصرّفات بهتری وجود داشته باشد، وجود دارد و به

نتیجه‌ای نمی‌رسیم پس نباید اقدامی بکنیم.

سپس فرموده: و علی کل تقدیرٍ یعنی چه مراعات اصلح لازم باشد و چه مطلق مصلحت کافی باشد، اگر بدون زحمت و کوشش، فی الحال یعنی در حال حاضر و هم اکنون دو تصرّف در پیش روی ولی بود که یکی اصلح و دیگری صالح بود، حتماً باید اصلح را مراعات کند و حق ندارد به صالح اکتفا کند. (مثالش را بعداً شیخ اعظم خواهد آورد.)

در پایان جناب شهید برای اصل مطلب که آیا مراعات مصلحت لازم است؟ یا عدم مفسده کافی است؟ دو ثمرهٔ فقهی ذکر کرده است:

۱ـ باب اخذ به شفعه: یتیمی با کبیری در مال غیر منقولی (باغ، منزل، مزرعه و...) بطور مشاع شریک و سهیم هستند، پس از مدّتی شریک سهمش را به فرد ثالثی فروخت و ولّی طفل اخذ به شفعه کرد، و فرض هم این باشد که این اخذ به شفعه نه به ضرر طفل است و نه به نفع او، در اینجا اگر ملاک، وجود مصلحت باشد چنین اخذ به شفعه‌ای باطل است، ولی اگر ملاک، عدم مفسده باشد این اخذ به شفعه صحیح و نافذ است.

۲ـ باب تزویج مجنون: زن گرفتن برای مرد مجنون اگر مفسده داشته باشد صحیح نیست، و اگر مصلحت داشته باشد صحیح است ولی اگر نه مفسده دارد و نه مصلحت، باید گفت: این تزویج بر مبنای لزوم مراعات مصلحت باطل است و بر مبنای کفایت عدم مفسده صحیح است. پایان سخنان شهید اوّل[1]

قوله: و الظاهر:

مرحوم شیخ اعظم طرفدار تفصیل هستند و می‌فرمایند: گاهی انجام کار اصلح در مقابل ترک تصرّف از ریشه است یعنی امر دائر است که مال یتیم را به حال خود ابقاء کند و در آن تصرّفی نکند و یا کاری را که اصلح است انجام دهد، در این فرض انجام کار اصلح واجب نیست و می‌تواند کلّاً ترک تصرّف کند. بنابر این اگر مال یتیم در اختیار ولیّ است و تجارت کردن با آن به نفع یتیم است و خیلی هم به سود او است آیا واجب است؟ خیر اتّجار واجب نیست و می‌تواند ترک کند و مال را به حال خود بگذارد. سرّ مطلب همان است که در معانیِ گوناگونِ قُربْ گذشت و ما معنای سوّم را برگزیدیم و قُرْبْ را به معنای

۱. القوائد و الفوائد، ج قائدهٔ / ۱۴۰.

تصرّفات وجودی دانستیم، طبق این معنا اگر ولیّ بخواهد تصرّفی انجام دهد و امرش دائر باشد میان یکی از چند کار و بعضی اصلح باشند باید همان را انجام دهد، ولی اگر امر دائر باشد میان فعل و ترک و فعل اصلح باشد، انجام آن واجب نیست و حقّ ترک دارد. آری اگر قُرْبْ به معنای چهارمش باشد که مطلق افعال و تروک اختیاری را می‌گیرد و دلالت می‌کند که هر امری اَحْسَنْ و اصلح بود باید همان را اختیار کند، در اینجا فعل اصلح است و حقّ ترک ندارد ولی ما این معنا را نپذیرفتیم به بیانی که گذشت.

قوله: نعم:

تا به حال فرض بر این بود که ترک هم به ضرر یتیم نیست ولی فعل اصلح است و گفتیم: ترک جایز است. ولی اگر بگونه‌ای بود که ترک تصرّف مفسده داشت و موجب ضرر و زیانِ یتیم و هلاکت مال او می‌گردد البته ترک حرام است و باید به سراغ فعلی از افعال برود. ولی مادامی که ترک به ضرر نباشد حرام نیست ولو فعل اصلح باشد.

قوله: و امّا:

و گاهی همانطوری که در تبصرهٔ قبلی اشاره شد، ترک تصرّف و ابقاء مال به حال خودش مفسده دارد و ما هم معتقدیم که بر ولی واجب است مال یتیم را از هلاکت حفظ کند (گرچه این هلاکت و مفسده از ناحیهٔ او نباشد) و حتماً باید کاری انجام بدهد و در این فرض امر دائر باشد میان اصلح و صالح و برخی از تصرّفات از بعضی دیگر انفع باشند، ما هم معتقدیم که به حکم ظاهر آیه (که کلمهٔ اَحْسَنْ دارد و افعل تفضیلی است و منحصر در همین کرده) عدول از اصلح و اَحْسَنْ به صالح و حَسَنْ جایز نیست (البته اگر احسن به معنای دوّمش یعنی اَحْسَنِ مطلق باشد ولی اگر به معنای چهارم یعنی ما لامفسدة فیه باشد، عدول بلامانع است.) نه تنها عدول جایز نیست، بلکه گاهی سفیهانه و نابخردانه است و عدول از اصلح عرفاً اِفْساد (فاسد و تباه کردن مال یتیم) محسوب می‌شود، فی المثل در بازار یا مغازه‌ای مال یتیم را به ده درهم خریداری می‌کنند ولی در جای دیگر که انتقال مال به آنجا چندان مؤونه و مخارجی هم ندارد به بیست درهم خریداری می‌کنند، پر واضح است که فروختن مال یتیم در بازار اوّل، هلاک و تباه کردنِ مال او است و اگر عاقلی چنین کند، دیگر عقلاء وی را سفیه قلمداد می‌کنند و می‌گویند: او دارای ملکهٔ اصلاح مال نیست و صلاحیّت ولایت ندارد.

قوله: نعم:

البته گاهی هم عدول سفیهانه نیست، فی المثل در این شهر متاع یتیم را به هزار تومان خریداری می‌کنند و در شهر دیگر هزار و دویست تومان، ولی به همین نسبت باید مخارجی را متحمّل شود و از مال یتیم کرایه بدهد و تازه یقین داشته باشد که به مال یتیم آسیبی نمی‌رسد و عوامل طبیعی و غیر طبیعی موجب خسارت نمی‌شوند و... در چنین فرضی عدول از اصلح به صالح عرفاً سفیهانه نیست و می‌تواند در همین شهر بفروشد، و لکن ظاهر آیه که اطلاق دارد و فرموده: «**لا تقربوا الّا بالتی هی احسن**»، آن است که عدول جایز نیست و بیع در بلد دیگر و انتخاب اَحْسَنْ واجب است. (البته اگر عسر و حرجی برای ولیّ نداشته باشد).

مسأله اسلام مشتری

یکی دیگر از شروط و متعاقدین متعاملین آن است که: شخصی که عبد مسلمان بـه او منتقل می‌شود و به ملک او در می‌آید (چه در بیع، چه هبه، چه ارث، چه صلح و...) چه به عنوان ثمن (اگر عبد مسلم را ثمن چیزی قرار دهند) و چه به عنوان مثمن (اگر به عبد مسلم را مثمن قرار داده و بفروشند) حتماً باید مسلمان باشد، بنابر این نقل و انتقال عبد مسلمان به شخص کافر صحیح نیست، و چنین معامله‌ای باطل است. (البته در معاملات عموماً اسلامِ مشتری شرط نیست و معامله با کافر هم بلامانع است ولی در خصوص عبد مسلمان و مصحف که در مسأله بعدی خواهد آمد، کسی که این چیزها به او منتقل می‌شوند باید مسلمان باشد.) و برای این شرط دلائل عدیده‌ای ذکر شده:

۱ـ شهرت فتوائیّه: مرحوم شیخ در ادامه خواهند فرمود: ما خود تحصیل شهرت کرده‌ایم و رأی اکثر فقهاء ما همین است. علاّمه هم در تذکره همین را مدّعی شده است.[۱]

۲ـ اجماع منقول: سیّد بن زهرة در کتاب غنیه ادّعای اجماع کرده است[۲] و تنها علاّمه در تذکره فرموده: بعضی از علماء ما مخالفت کرده‌اند و اسلام را شرط ندانسته‌اند[۳] و ابن جنید اسکافی هم در باب بیع مصحف که مسأله بعدی است عبارتی دارند که دالّ بر وجود مخالفت است و خواهد آمد.[۴] پس فی الجمله ادّعای اجماع هم شد.

۳ـ قیاس ابتدابه استدامه: گفته‌اند: از روایات متفرق استفاده می‌شود که استدامه و بقاء عبد مسلم به ملک کافر جایز نیست، یعنی اگر عبد کافری نزد مولای کافر مسلمان شد و مولای کافر بلافاصله مرد و عبد مسلم به ورثهٔ کافر او منتقل شد، ورثه را ملزم می‌کنیم تا عبد مسلمان را به مسلمانان بفروشند و حق ندارند نزد خود ابقاء کنند و یا اگر هنوز مولای کافر زنده است خودش را مجبور به بیع می‌کنیم حال اگر بقائاً و استدامةً عبد مسلمان در ملک مولای کافر باقی نمی‌ماند و باید از ملک او خارج شود، پس حدوثاً و

۱تذکرة، ج ۱، ص ۴۶۳.

۲ـ غنیة، ص ۲۱۰.

۳ـ تذکرة، ج ۱، ص ۴۶۳.

۴ـ به نقل علاّمه در مختلف، ص ۴۲۲، ج ۵.

ابتدائاً نیز عبد مسلمان به ملک کافر در نمی‌آید و چنین معامله‌ای نافذ نیست. شبیه باب نکاح که اگر مرد و زن کافری با یکدیگر ازدواج کرده‌اند سپس زن مسلمان شد نکاح بهم می‌خورد و بقائاً در قبالهٔ زوجّیت او نیست، یا اگر مرد مسلمان مرتّد شد باز زن مسلمان از او جدا می‌شود، پس ابتدائاً هم نکاح مرد کافر با زن مسلمان جایز نیست. پس در این استدلال حکم حدوث و ابتدا به حکم بقاء و استدامه قیاس شده است.

۴ـ استرقاق و استعباد و برده بودن نوعی سبیل و سلطه از کافر بر مؤمن است و به حکم آیهٔ شریفه کافران بر مؤمنان سبیل و سلطه ندارند، «**ولَنْ یجعل اللّه للکافرین علی المؤمنین سبیلاً**[1]» پس کافر نمی‌تواند مالک مسلمان شود و او را بردهٔ خویش سازد و بر او سلطه پیدا کند.

۵ـ حدیث نبویِ مشهوری که به صورت مرسل در کتب فقهای امامیّه نقل شده و ضعف سندش با عمل اصحاب و استناد آنان به این حدیث در موارد عدیده، جبران می‌شود، و آن اینست که: «**الاسلام یعلو و لا یُعْلٰی علیه**[2]» یعنی اسلام علّو و برتری دارد و چیزی بر او علّو ندارد. حتّی به حکم این حدیث فرموده‌اند: دیوار خانهٔ کافر هم نباید از دیوار خانهٔ مسلمان بلندتر باشد، و بلکه حتّی نباید مساوی هم باشد و حتماً باید کوتاهتر و پایین‌تر باشد. حال اگر در این موارد جزئی به حدیث نبوی ﷺ استناد روا باشد پس در امثال ما نحن فیه (که نقل و انتقال عبد به کافر و مالکیّت کافر بر او باشد) به طریق اولی به این حدیث می‌توان استناد کرد. پس کافر نمی‌تواند بر مسلمان علّو و برتری داشته باشد و مالکِ مسلمان شود.

قوله: لکن الانصاف:

ادلّهٔ مشهور را دیدیم و در ادامه نیز به بعض دیگر از روایات استناد خواهند کرد، ولی مرحوم شیخ می‌فراید: اگر از اجماع منقولِ ابن زهره و شهرت فتوائیّه محصَّله و نیز استناد مشهور بلکه همهٔ فقهاء به آیهٔ نفی سبیل، چشم بپوشیم (این نشانهٔ احتیاط شیخ اعظم است که در برابر فتوای مشهور بایستد و به صراحت مخالفت کند.) باید بگوییم که استدلالهای مذکور (قیاس، آیه، حدیث) خالی از اشکال نیست.

۱ـ سورهٔ نساء / ۱۴۰.

۲ـ وسائل الشیعه، ج ۱۷، ص ۳۷۶، باب اوّل حدیث ۱۱.

امّا داستان مقایسهٔ ابتداء به استدامة: از آنجا که قیاس در مذهب ما باطل است، نخست مرحوم شیخ در صدد توجیه بر آمده و قیاس مذکور را از نوع قیاس تنقیح مناطی درست می‌کنند (تنقیح مناط عبارتست از این که: شارع حکمی را در موضوعی بفرماید و ما الغاء خصوصیّت کرده و بگوییم: این حکم مختّص به آن مورد نیست. در موضوع دیگر هم همین حکم جاری و ساری است مثلاً شارع از بیع غرری نهی کرده ولی ما اجاره و صلح غرری را هم به آن ملحق می‌کنیم به مناط این که اگر جهل باشد نزاع بر پا می‌شود، برای قطع مادّه فساد و نزاع شارع نهی کرده از غرر چه در بیع و چه غیر بیع، البتّه اهل سنّت هم تنقیح مناط دارند با این تفاوت که ما تنقیح مناط قطعی را حجّت می‌دانیم ولی آنان تنقیح مناط ظنّی را هم قبول دارند.) و سپس در صدد ردّ آن بر می‌آیند.

امّا توجیه: نهایت چیزی که در رابطه با موجّه ساختنِ این قیاس می‌توان گفت آن است که: استدامه و بقاء خصوصیتی ندارد تا بگوییم: تنها بقائاً مسلمان در ملک کافر نمی‌ماند و حدوثاً را کاری ندارد، بلکه فلسفهٔ عدم بقاء مسلم بر ملک کافر عبارتست از عدم رضای شارع مقدّس بر این امر، و نهی شارع از این امر، و همین مناط در اصل وجود و حدوث ملکیّت هم هست یعنی شارع راضی نیست که مسلمان به ملک کافر در آید پس به مناط عدم رضای شارع بر مالکیّت کافر نسبت به مسلم می‌گوییم: نه بقائاً و استدامةً چنین چیزی جایز است و نه حدوثاً و ابتدائاً.

(تنظیر: مولائی به عبدش دستور می‌دهد که فلانی را از منزل اخراج کن، این امر به اخراج نشانهٔ عدم رضایتِ مولی به ماندن فلانی در منزل است. پس به همین مناط از ابتدا هم اگر خواست وارد شود نباید اجازهٔ ورود بدهیم. یا شارع می‌فرماید: «**ازل النجاسة عن المسجد**»، یعنی اگر مسجدی آلوده به نجاست شد. باید ازاله شود و نباید نجاست در مسجد بماند، پس به همین مناط از اوّل هم نباید کسی مسجد را نجس کند و ادخال نجاست در مسجد بنماید).

قوله: و لکن:

و امّا ردّ و ابطال قیاس: (صرف نظر از اینکه آیا مناط مذکور در مورد اصل و مقیس علیه قطعی است؟ و آیا مناط در فرع و مقیس هم موجود است؟ می‌گوییم:) ما فرع زائد بر اصل نداریم، و وقتی چیزی را به چیزی قیاس می‌کنیم هر حکمی مقیس علیه داشت

مقیس هم خواهد داشت و در ما نحن فیه عدم رضای مولی به حدوث ملکیّت تابع عدم رضای او به بقاء بر ملکیّت است. حال باید دید عدم رضای مولی بر بقاء و استدامهٔ عبد مسلم در ملک کافر چگونه است؟ آیا مجرّد عدم رضای تکلیفی است؟ (بدین معنا که به مجرّد مسلمان شدنِ عبد، ملکیّت کافر باطل نمی‌شود بلکه ملکیّت باقی است ولی کافر را ملزم می‌سازند که عبد مسلمان را به مسلمین بفروشد.) یا اینکه عدم رضای وضعی است؟ (یعنی شارع مقدّس بقاء عبد مسلمان بر ملک کافر را اصلاً امضاء نکرده و به مجرّد اینکه عبد مسلمان شد خود به خود ملکیّت منفسخ می‌شود و عبد از ملک کافر خارج و آزاد می‌گردد.) قطعاً این عدم رضا به بقاء از نوع اوّل است نه از نوع دوّم، حال عدم رضای شارع به حدوث ملکیّت هم از این قبیل است یعنی صرفاً یک نهی تکلیفی است نه اینکه وضعی باشد و بر عدم امضاء معامله دلالت کند، پس منافاتی ندارد که اصل معامله وضعاً صحیح و مؤثر باشد ولی پس از آن کافر را ملزم می‌سازند به اینکه عبد مسلمان را به مسلمان بفروشد. پس مشهور از این قیاس طرفی نبستند.

قوله:و ممّا ذکرنا:

از پاسخی که به قیاس مذکور دادیم، جواب دلیل دیگری از ادلّهٔ مشهور، واضح می‌گردد: مشهور به نصّ وارده از امام علی علیه السلام در مورد عبد کافری که مسلمان شده تمسّک کرده‌اند: از امام علی علیه السلام سؤال می‌شود: عبد کافری نزد مولای کافری بوده و حالا عبد مسلمان شده چه باید کرد؟ امام سه جمله دارند:

۱ـ **اذهبوا فبیعوه من المسلمین** «یعنی بروید و عبد مسلمان را به مسلمانان بفروشید، چه مولای کافر راضی باشد یا نه».

۲ـ و ادفعوا ثمنه الی صاحبه «یعنی پس از فروش، بهای عبد را به مولای کافر بدهید».

۳ـ **و لا تقرّوه عنده**[1] «یعنی حق ندارید عبد مسلمان را نزد کافر باقی و مستدام بدارید».

کیفیّت استدلال: به دو جمله از این حدیث می‌توان استناد کرد:

۱وسائل الشیعه، ج ۱۶، باب ۷۳، حدیث اوّل

(۱ـ جملهٔ سوّم که مستقیماً با قیاس مذکور مربوط می‌شود ولی شیخ اعظم آن را متعرّض نشده، و کیفیت استدلال همان کیفیّت قیاس است که نهی از قرار و ابقاء واستدامه کرده و به همان مناط حدوث و دخول در ملک هم جایز نیست. و جواب ما همان است که از قیاس مذکور دادیم).

۲ـ جملهٔ اوّل: امام فرمود: عبد را به مسلمانان بفروشید و قید مسلمانان را آورد با اینکه در مقام بیان بود و اصل در قید هم احترازی بودن است و مفهومش آن است که: پس به غیر مسلمانان نباید بفروشید (امر به شیئی مقتضی نهی از ضد است) و چنین نهیی دالّ بر فساد است. مرحوم شیخ می‌فرماید: تخصیص بیع به مسلمین نه به خاطر آن است که: بیع به کفّار باطل است بلکه بخاطر این است که: غرض و داعیِ مولی از این امر به بیع (فبیعوه) و نهی از ابقاء عبد مسلمان در دست کافر (که از امر به شیئی فهمیده می‌شود) آن است که عبد مسلمان در تحت سلطنت کافر نماند و کماکان اسیرو ذلیل نباشد، و اگر آن را به کافر دیگری بفروشیم این غرض حاصل نشده و ناچار باید مجدّداً از کافر دیگر هم به دیگری بفروشیم و تا به مسلمان فروخته نشود مقصود حاصل نمی‌شود، از این روی امام علیه‌السلام قید کردند که به مسلمانان بفروشید، نه اینکه بیع به کفّار از ریشه باطل باشد. پس این جمله هم دلیل بر بطلان بیع نیست.

قوله: فافهم:

شاید اشاره باشد به اینکه: وقتی با بیع به کافر دیگر غرض حاصل نمی‌شود و ناگزیر باید مجدّداً و بلا فاصله به مسلمان فروخته شود، پس بیع عبد مسلمان به مولای کافر سفیهانه است و معاملهٔ سفهی هم باطل است.

قوله: و امّا الآیة:

یکی از ادلّهٔ مشهور آیهٔ نفی سبیل بود که گفتند: ملکیّت مسلمان در دست کافر هم نوعی سبیل است و به حکم آیه هر سبیلی منفّی است پس ملکیّت هم منفی است. مرحوم شیخ می‌فرماید: باب خدشه و اشکال در رابطه با آیه واسع است یعنی از جهاب عدیده قابل مناقشه است و سه جهت عمده را متعرّض می‌شوند:

۱ـ اشکال بر دلالت خود آیه فی نفسها: (یعنی با قطع نظر از روایات وارده در تفسیر آیه و با قطع نظر از آیات معارض) (اوّلاً بعید نیست که مراد از سبیل، سبیل خارجی باشد

که کفّار و مشرکین بر مسلمانان و بلاد اسلامی سلطه داشته باشند آنگونه که در بعضی از بلاد اسلامی هم اکنون نیز چنین است. و بنابر اینَ آیه ربطی به ملکیّت که یک امر اعتباری است ندارد.)

ثانیاً سیاق و آهنگ آیه بگونه‌ای است که قابل تخصیص نیست. (زیرا هم کلمهٔ لَنْ دارد که برای نفی ابد است یعنی هیچگاه خداوند برای کافران بر مؤمنان سبیل قرار نداده، و هم کلمهٔ مؤمنین آمده که نشانگر آن است که تمام العلّة و المناط در حکم مذکور در آیه همانا ایمان است و اگر علّت تامّه شد حکم و معلول از او جدا نیست پس محال است که مؤمن باشد و شارع برای کافری بر او جعل سبیل کرده باشد) آنگاه اگر منظور از آیه نفی ملکیّت باشد ناگزیر خواهیم بود از اینکه آیه را به مواردی تحصیص بزنیم و آن مستثنیاتی است که در ادامهٔ همین مسأله تحت عنوان ثم انّه قد استثنی... خواهد آمد، در حالی که سیاق آیه آبی از تخصیص بود، پس باید بر معنایی حمل کنیم که قابل تخصیص نباشد، و آن معنا بزودی از زبان شیخ اعظم خواهد آمد.

ثالثاً آیهٔ مزکور به قرینهٔ ما قبلش که می‌فرماید: **«و اللّه یحکم بینهم یوم القیامة»**[1] سپس می‌فرماید: **«و لن یجعل الّه للکافرین علی المؤمنین سبیلاً»**[2] مربوط به قیامت است و در جهان آخرت کافران بر مؤمنان سبیل نخواهند داشت (وگرنه در دنیا که اینهمه کفّار بر مؤمنان سلطه پیدا می‌کنند و در طول تاریخ سبب اذیّت و آزار آنها شده و می‌شوند.) و بنابر این ربطی به امور دنیوی و مسأله ملکیّت اعتباری در این عالم ندارد. (البته جای بسی شگفتی است که مرحوم شیخ صدر آیه یا ما قبل آیه را قرینه بر اختصاص این آیه به روز قیامت می‌گیرند، در حالی که خود این آیه یک منشور بین المللی است و تأمین کنندهٔ شرف و استقلال مسلمانان در این عالم است.

۲ـ قوله: و اخری:

اشکال اوّل که سه ایراد شد مربوط به نفس آیه بود با قطع نظر از امور خارجی، ولی اشکال دوّم با مراجعه به تفسیر آیه در بعضی از روایات است: در بعض روایات وارده از اهلبیت علیهم‌السلام سبیل را به حجّت تفسیر کرده یعنی کافران در این دنیا از حیث حجّت و منطق

---

۱. سورهٔ نساء / ۱۴۰.
۲. سورهٔ نساء / ۱۴۰.

هیچکدام بر مؤمنان مسلّط و چیره نبودند، بلکه این مؤمنان بودند که علی الدوّام سبب افحام خصم بودند، این ابراهیم خلیل الرحمان بود که نمرود را محکوم ساخت و به قول قرآن: «**فَبُهِتَ الذّی کفر**»[1] این موسای کلیم و عیسای مسیح و جناب خاتم الانبیاء صلی‌الله‌علیه‌وآله بودند که با منطقی قوی و قویم و متقن، خصم خویش را به زانو در می‌آوردند، و این امام رضا علیه‌السلام بود که دانشمندنِ ادیانِ گوناگون را محکوم می‌کرد و... (و به قول مرحوم آقای خوئی: **فالمراد من الآیة هو نفی تفوّق حجّة الکافر علی حجّة الاسلام کما خاطب النبی الاکرم صلی‌الله‌علیه‌وآله اهل الجاهلّیة مراراً: هل لکم من سلطان و بینّة و حجّة؟ و قد نطق بذلک القرآن المجید فی موارد عدیدة و الروایات المتکثّرة و انّ الکافرین کلّما طالبوا عن النبی صلی‌الله‌علیه‌وآله من البینّات فاتا هم و لکنهم عجزو اعن مقاومته بالجحح و البینّات.**[2])

و آن بعض روایات عبارتست از روایتی که در عیون اخبار الرضا از امام رضا علیه‌السلام نقل شده: **قیل به یعنی الرضا علیه‌السلام: انّ فی سوار الکوفه قوماً یز عمون انّ الحسین بن علی علیه‌السلام لم یُقتل، و انّه اُلقی شبهه علی حنظلة بن اسعد الشامی «او الشیبانی»، و انّه رفع الی السماء کما رفع عیسی بن مریم علیه‌السلام و یحتجون بهذه الآیة و لن یجعل اللّه للکافرین علی مؤمنین سبیلاً.**

فقال: کذبوا علیهم غضب اللّه و لعنته، و کفروا بتکذیبهم النبّی صلی‌الله‌علیه‌وآله فی اخباره بانّ الحسین علیه‌السلام سیقتل و اللّه لقد قتل الحسین بن علی علیه‌السلام و قُتل من کان خیراً من الحسین علیه‌السلام امیر المؤمنین و الحسن بن علی علیه‌السلام، و ما منّا الّا مقتول و انّی و اللّه لمقتول بالسّم با غتیال من یغتالنی[3]

یعنی دسته‌ای در اطراف کوفه بودند و معتقد بودند که خداوند هرگز کافران را بر مؤمنان مسلّط نخواهد کرد و اصلاً در قضا و قدر الهی چنین چیزی مقدر نشده و لذا می‌گفتند امام حسین علیه‌السلام کشته نشده بلکه خداوند خنطلة بن اسعد شامی یا شیبانی را به شکل امام در آورد و مردمان او را کشتند... و برای این پندار به آیهٔ نفی سبیل تمسّک می‌کردند. امام رضا در جواب آنان فرمود: اینان دروغ می‌گویند: خشم و نفرین الهی بر آنان باد، آنان با تکذیب پیامبر صلی‌الله‌علیه‌وآله ره کفر پیمودند، پیامبر خبر داده که حسین بن علی علیه‌السلام کشته خواهد شد و بهتر از او که پدر و برادرش باشد کشته شدند، و هر یک از ما

---

۱. سورهٔ بقره / ۲۵۸.
۲. مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۸۵ ـ ۸۶.
۳. عیون اخبار الرضا، ج ۲، ص ۲۰۳.

شامل نشود، بلکه به اطلاقش بیع عبد مسلمان به شخص کافر را هم شامل می‌شود و بر مالک شدن کافر نسبت به عبد مسلمان دلالت می‌کند.

و نیز آیهٔ وجوب وفا به عقود (**او فوا بالعقود**) هم به عمومش عقدی را که میان مسلمان و کافر یاد و مسلمان یاد و کافر منعقد می‌شود آنهم متعلّق عقد عبد مسلمان باشد یا چیز دیگر، همه را شامل است و بر وجوب وفا به هر عقدی که (صدر من اهله و وقع فی محلّه دلالت دارد و وجوب وفا فرع بر صحّت و افاده ملکیّت است، پس به حکم این عموم نیز کافر می‌تواند مالک عبد مسلمان شود.

و نیز اطلاق آیهٔ تجارت «**لا تأکلوا اموالکم بالباطل الّا ان تکون تجارةٌ عن تراضٍ**» ملاک حلیّت اکل و تصرّف را تجارت ناشی از تراضیِ طرفین قرار داده و قید نکرده که حتماً از دو مسلمان صادر شود، به اطلاقش هر تجارتی (ولو عبد مسلمان باشد) از هر کسی که صادر شود (و لو از کافر) را شامل است و بر ملکیّت آن دلالت می‌کند.

و نیز عموم حدیث (**الناس مسلطون علی اموالهم**) دلالت دارد که مردمان بر مال خویش سلطنت مطلقه دارند و از شؤون و شُعَبِ سلطنت تامّه آنست که: پس می‌توانند آن را به کافر هم بفروشند یا هبه کنند و یا هر تملیک دیگر و باز هم بر جواز تملّک کافر، دلالت دارد.

حال مفاد آیهٔ نفی سبیل اینست که: کافر نمی‌تواند عبد مسلمان را مالک شود و مفاد چهار دلیل مذکور آنست که: کافر می‌تواند مالکِ عبد مسلمان شود آنگاه عموم آیهٔ نفی سبیل با این اطلاقها و عمومها تعارض می‌کند. و تعارض از نوع عموم و خصوص من وجه است زیرا معاملات فراوانی را اطلاقات و عمومات مذکور شامل می‌شود و ربطی به آیهٔ نفی سبیل ندارد، چون معامله میان دو مسلمان است یا یک مسلمان و کافر یا دو کافر ولی نه نسبت به عبد مسلمان بلکه نسبت به متاع دیگر، و نیز امور فراوانی را آیهٔ نفی سبیل می‌گیرد و ربطی به عموماتِ صحّت ندارد، مثل سایر سبیل‌ها و سلطه‌های کفّار بر مسلمانان غیر از ملکیّت، مادّهٔ اجتماع آندو در تملیک عبد مسلمان به شخص کافر است که آیه نفی سبیل، آن را نفی می‌کند و عمومات، آن را اثبات می‌کنند و در اینجا تعارض دارند. نتیجه تا اینجا: پس آیهٔ نفی سبیل سلیم از معارض نیست تا مشهور بتوانند بدان استناد کنند.

قوله: و حکومة:

اگر کسی به حمایت از مشهور بگوید: در مادّهٔ اجتماع آیهٔ نفی سبیل بر عمومات صحّت حکومت دارد و دلیل حاکم بر دلیل محکوم مقدّم است و باید در مادّهٔ اجتماع به این آیه عمل کنیم، در جواب می‌گوییم: چنین حکومتی معلوم نیست زیرا ضابطهٔ حکومت آن است که: دلیل حاکم ناظر به دلیل محکوم باشد و از آغاز برای تفسیر آن به نحو توسعه یا تضییق وارد شده باشد بگونه‌ای که اگر دلیل محکوم نبود دلیل حاکم از ریشه لغو و بیهوده بود، و این مناط در ما نحن فیه نیست زیرا با نبود ادلّهٔ صحت هم آیهٔ نفی سبیل لغو نیست و سبیل که منحصر به ملکیّت نیست بلکه سلطهٔ کافران بر مؤمنان در هر شأنی از شؤون را شامل است. پس حکومتی نیست و کماکان تعارض است.

قوله: و اباء:

گویا کسی می‌گوید: صرف تعارض درست کردن، نتیجهٔ مطلوب را نمی‌دهد؛ زیرا هدف شما این است که: ادلّهٔ صحّت بیع را مقدّم بدارید و حکم به صحّت نمائید و این در صورتی است که مادّهٔ اجتماع را از عموم آیهٔ نفی سبیل خارج کرده و به عمومات صحّت بدهید و در حقیقت آیهٔ نفی سبیل را تخصیص بزنید، در حالی که سیاق آیه با توجه به کلمهٔ «لَنْ» آبی از تخصیص است (به بیانی که قبلاً گذشت) و در اصول فقه گفته‌اند که هرگاه یکی از دو عامیّن من وجه آبی از تخصیص بود باید همان را حفظ کنیم و عام دیگر را تخصیص بزنیم، پس باید مادّهٔ اجتماع را به آیهٔ نفی سبیل داده و حکم به عدم ملکیّت کافر نسبت به عبد مسلمان بنمائیم و عند المعارضه این آیهٔ نفی سبیل است که برنده است، وانگهی بر فرض که هر دو دسته متعارض و متکافئ باشند باز می‌گوییم: تعارضا و تساقطا و به اصل عملی رجوع می‌شود و اصل در معاملات فساد و بطلان و عدم ترتّب اثر است، پس باید حکم به بطلان بیع عبد مسلمان به مولای کافر بنماییم که باز به نفع مشهور است و به ضرر شما.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: با توجه به اینکه اگر آیهٔ نفی سبیل را تعمیم داده و شامل ملکیّت هم بدانیم و بگوییم: خداوند برای کافر بر مؤمن جعل ملکیت نکرده و کافر مالک مسلمان نمی‌شود، ناگزیر خواهیم بود که عموم آیه را به مواردی تخصیص بزنیم، زیرا در مواردی بقائاً واستدامةً شخص کافر مالک عبد مسلمان هست. (آنجا که به

ارث مالک شده یا عبد کافری نزد مولای کافر مسلمان شده که تا اجبار به بیع نشده و بیع به مسلمان صورت نگرفته کماکان ملک کافر است) و در مواردی هم حدوثاً و ابتدائاً کافر می‌تواند مالک عبد مسلم شود (و این موارد در ادامه به صورت مستثنیات خواهد آمد.) پس بر فرض تعمیم آیه به ملکیّت، چاره‌ای نخواهیم داشت مگر از تخصیص.

از طرفی هم چنانکه مکرّر گفته آمد، سیاق آیه آبی از تخصیص است و به هیچ وجه تخصیص بردار نیست، لذا بهتر آن است که بگوییم: آیهٔ نفی سبیل ملکیّت را شامل نیست و مراد از سبیل ملکیّت نیست بلکه مراد سلطنت است، یعنی مانعی ندارد که کافر مالک عبد مسلمان بشود و لکن بر فرض مالکیّت هم مسلّط بر آن مال نیست بلکه محجور از تصرّف است و مجبور به بیع به مسلمان است. و اگر آیهٔ نفی سبیل را به نفی سلطنت تفسیر کردیم با عموماتِ صحّت منافاتی نخواهد داشت زیرا ادلّهٔ صحّت و لزوم می‌گوید: معامله صحیح است و کافر مالک عبد مسلمان می‌شود و آیهٔ نفی سبیل می‌گوید: ولی این مالک از آن مالکهایی است که سلطنت و اختیار تصرّف ندارد و محجور است و منافاتی هم میان آندو نیست. پس بدین وسیله میان دو دسته ادلّه جمع کردیم و منافات از بین رفت.

قوله: و هذا و ان اقتضی:

گویا کسی می‌گوید: اگر ما آیهٔ نفی سبیل را بر نفی سلطنت حمل کنیم لازمه‌اش آن است که: عموم «**الناس مسلّطون علی اموالهم**»، «**لا یحلّ مال امرءٍ مسلم الّا بطیب نفسه**»، «**لا یجوز لا حدان یتصرف فی مال اخیه الّا باذنه**» و... تقیید شود و بگوییم: همه جا مردم بر مال خویش مسلّط هستند مگر در مورد مالکِ کافر نسبت به مملوک مسلمان، آنگاه امر دائر است میان اینکه آیهٔ نفی سبیل را بر نفی ملکیّت حمل کنیم و بعد بگوییم: نسبت به مواردی حدوثاً یا بقائاً تخصیص خوده است و یا آن را بر نفی سلطنت حمل کنیم و بدین وسیله عموم الناس مسلّطون و... را تخصیص بزنیم، و وجهی ندارد که شما دوّمی را انتخاب کنید، چرا اوّلی را انتخاب نکنید؟

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: از آنجا که عمومات سلطنت و لا یحلّ مال امرٍ و مسلم... چندین بار تخصیص خورده‌اند و ما در عالم مالکهای فراوانی داریم که محجور از تصرّف هستند و حق تصرف ندارند از قبیل صغار، مجانین، سفهاء، مفلّسین، غایبین،

راهن و... و عمومات مذکور به این موارد تخصیص خورده‌اند، به قول اصولیّین عامّی که چند بار تخصیص خورد، تضعیف می‌شود و مانعی ندارد که یک بار دیگر هم به ما نحن فیه (مالک کافر نسبت به عبد مسلمان) تخصیص بخورد و بگوییم: این مالک هم محجور است. ولی بر خلاف عموم آیهٔ نفی سبیل که آبی از تخصیص است و با کلمهٔ لَنْ دلالت دارد که اصلاً نه در گذشته و نه در آینده سبیلی برای کفّار بر مؤمنان جعل نشده است و احترام مؤمن هم همین را ایجاب می‌کند، روی این محاسبه حمل آیه بر نفی سلطنت و در نتیجه تخصیص عموم «الناس مسلّطون» توسّط این آیه آسانتر است از حمل آیه بر نفی ملکیّت و بدنبال آن تخصیص خود آیهٔ نفی سبیل به مواردی که ابتدائاً یا استدامةً ملکیّت ثابت است.

قوله: مضافاً:

راه دیگری هم برای اثبات صحّت بیع عبد مسلمان به مولای کافر داریم و آن عبارتست از: استحصاب صحّت به ضمیمهٔ عدم قول به فصل، بیان ذلک: در پاره‌ای از موارد مستقیماً استصحاب صحّت جاری است:

۱ـ مولایی قبلاً مسلمان بود و در آن مدت بیع عبد مسلم به او جایز بود، ولی فعلاً این مولی مرتد وکافر شده است و شک می‌کنیم که باز هم بیع و تملیک عبد مسلم به او صحیح است یا نه؟ از استصحاب صحّت استفاده می‌کنیم.

۲ـ عبدی قبلاً کافر بوده و در زمان کفر تملیکش به کافر صحیح بوده ولی حالا مسلمان شده و شک در بقاء صحّت تملیک داریم، از استصحاب بقاء صحت استفاده می‌کنیم.

و در برخی موارد از راه عدم فصل حکم را ثابت می‌کنیم و آن نیز دو مورد است:

۱ـ مولایی که از اوّل کافر بوده و کماکان به کفرش باقی است و ضدّ آن حالت برایش حادث نشده، الان شک داریم که بیع عبد مسلمان به او جایز است یا نه؟ می‌گوییم: کسی از فقهاء میان کافر اصلی و کافر عرضی فرق نگذاشته بلکه اگر تملیک به کافر جایز است باید به هر دو جایز باشد وگرنه به هیچکدام جایز نیست و از آنجا که به کافر عرضی به برکت استصحاب صحت، جایز بود پس به کافر اصلی هم جایز است.

۲ـ عبدی است که از اوّل مسلمان بوده و کماکان به اسلامش باقی است، باز شک در

صحّت بیع او به کافر داریم و می‌گوییم: کسی میان مسلمان اصلی و عرضی فرق نگذاشته و چون بیع مسلمان عرضی (تازه مسلمان) صحیح بود به حکم استصحاب، پس بیع مسلمان اصلی هم صحیح است به حکم عدم الفصل پس به برکت استصحاب به ضمیمه عدم الفصل صحّت بیع را ثابت کردیم.

قوله: و لا یعارضه:

اگر کسی بگوید: ما در هر چهار مورد از اصالة الفساد (استصحاب عدم ترتب اثر) استفاده کرده و حکم به بطلان می‌کنیم. مرحوم شیخ می‌فرماید: جای این اصل نیست، زیرا در دو مورد که حالت سابقهٔ صحت دارد و جای استصحاب صحّت است نه اصالة الفساد، و در دو مورد دیگر هم اگر مقتضی برای صحّت نبود و یا مشکوک بود، جای اصالة الفساد بود ولی مقتضی موجود است و آن وجود ملازمه و عدم الفصل و یا اجماع است که ایندو صورت را به آندو صورت ملحق می‌کند و با وجود اینها شکّی در فساد نداریم تا جای اصالة الفساد باشد. پس استصحاب صحت بر استصحاب فساد مقدّم است.

قوله: فتأمّل:

مرحوم شهیدی چهار وجه برای آن ذکر کرده است:

۱ـ شاید اشاره باشد به اینکه در دو صورت اوّل هم جای استصحاب صحت نیست زیرا موضوع عوض شده چون عنوان اسلام و کفر به عنوان موضوعیّت در حکم اخذ شده‌اند و تا دیروز مولی مسلمان بود بیع صحیح بود ولی حالا کافر شده یا تا دیروز عبد کافر بود و قابل بیع به کافر بود ولی حالا مسلمان شده و موضوع عوض شده و سرایت دادن حکم موضوعی به موضوع دیگر از باب استصحاب نیست بلکه از نوع قیاس است.

۲ـ شاید اشاره باشد به اینکه: استصحاب صحت در مثل ما نحن فیه بر اصالت فساد مقدّم نیست زیرا مورد استصحاب صحّت دو فرض اوّل بود و مورد اصالة الفساد دو فرض دوّم بود و تنافی به ضمیمه عدم الفصل بود، آری اگر هر دو بر مورد واحدی وارد شوند استصحاب صحّت مقدم است.

۳ـ اینجا جای عدم فصل نیست و عدم فصل مخصوص حکم واقعی است و شامل حکم ظاهریِ مفاد اصل نمی‌شود.

۴ـ شاید اشاره به دقّت مطلب مذکور باشد که اینجا اصالة الفساد واقعاً مقتضیِ ندارد تا جاری شود به بیانی که گذشت.

قوله: ثمّ انّ:

همانگونه که از عنوان مسأله هم پیدا بود (نقل و تملیک عبد مسلم به کافر نه خصوص بیع آن) بحث اختصاص به بیع و تملیک بیعی ندارد بلکه از نظر مشهور مطلق تملیک عبد مسلمان به کافر صحیح نیست چه به بیع باشد یا به هبه کردن یا مصالحه یا وصیّت کردن و... از اسباب مملّکه، زیرا ادلّهٔ مشهور در تمام اینها جاری و ساری است. (نکته: مرحوم شیخ مناقشهٔ حدیث «**الاسلام یعلو و لا یعلی علیه**» را ذکر نکردند ولی روشن است و آن اینکه: حدیث می‌گوید: اسلام به عنوان یک دین و مکتب از حیث منطق و برهان و استحکام بر سایر ادیان علوّ دارد و مغلوب نمی‌شود نه اینکه مسلمان هم از هر حیث علوّ و برتری داشته باشد و معلوّ نباشد (خیر فراوان می‌بینیم که مسلمانان در برابر کفّار مغلوبند و کفّار بر آنها علوّ و سلطه و سبیل دارند و از حیث مغالطه در احتجاج هم مسلمانان را محکوم می‌کنند.)

قوله: و امّا تملیک المنافع:

به نظر مشهورتملیک خود عبد مسلمان به کافر جایز نبود چه به نحو بیع و شراء باشد یا هبه یا صلح یا وصیّت و...، ولی تملیک منافعِ عبد مسلمان به کافر چه حکمی دارد؟ (ضمناً عنوان تملیک منافع کلّی است و هر یک از اجاره و هبه و صلح و وصیّت بر منافع را شامل می‌شود ولی از میان همه مصداق اکمل تملیک منافع را که اجاره باشد عنوان می‌کنند) ضمناً بحث یک بحث کلّی است و اختصاص به عبد مسلمان ندارد و حرّ مسلمان را نیز شامل می‌شود و کلّاً کلام در این است که: اجیر شدنِ مسلمان (حرّ باشد یا عبد) برای کافر جایز است یا نه؟

در این باره چهار قول وجود دارد که به ترتیب متن، ذکر می‌کنیم:

۱ـ استیجار و اجیر کردن مسلمان از سوی کافر، صحیح است و اجاره باطل نیست آنهم مطلقا یعنی چه اجارهٔ عبد مسلمان باشد و چه حرّ مسلمان، و نیز چه اجاره بر عین

باشد و چه بر ذمّه. مستفاد از علاّمه در تذکرة[۱] و شیخ طوسی در نهایة[۲] و خلاف[۳] همین قول است.

۲ـ اگر اجاره بر عین خارجیِ شخصی واقع شودو معیّناً فرد مسلمانی برای کافر اجیر شود، این اجاره باطل است ولی اگر اجاره بر ذمّه واقع شود صحیح است (فرق اجاره بر عین با اجاره بر ذمّه آن است که: در اجاره بر عین اگر اجیر فلان کار متعلّق اجاره را انجام ندهد مستأجر خود عین خارجی را امساک می‌کند خواه اسب باشد یا ماشین یا عبد مسلمان یا حرّ مسلمان و تا انجام ندهد او را آزاد نمی‌کند ولی در اجاره بر ذمّه هدف اصل انجام کار است چه از شخص اجیر بالمباشرة صادر شود و چه از او بالتسبیب صادر شود و وقتی به ذمّه آمد مثل دَیْن می‌ماند و همانطوری که قرض گرفتن از کافر جایز است و کسی نگفته که این استیلاء کافر بر مسلمان است وگرنه حضرت علی علیه السلام از یهودی قرض نمی‌گرفت همچنین اجاره بر ذمّه نیز جایز است) و ضمناً لا فرق میان حرّ و عبد مسلمان، و این قول از حواشیِ شهید اوّل و جامع المقاصد محقق ثانی و مسالک شهید ثانی مستفاد است.

۳ـ اگر مسلمانی که اجیر کافر می‌شود، انسان حرّ باشد اجاره صحیح است و اگر عبد باشد اجاره باطل است و این قول از ظاهر شهید اوّل در دروس مستفاد است.

۴ـ عدم جواز مطلق یعنی کلّاً مسلمان نمی‌تواند اجیرِ کافر شود چه عبد و چه حرّ، چه اجاره بر عین و چه بر ذمّه، و این قول مستفاد از قواعد و ایضاح است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: از این چهار قول، قول دوّم اظهر است، زیرا اگر اجاره بر عین خارجی باشد و شخص مسلمان اجیر شود که مباشرتاً فلان کار را برای کافر انجام دهد، این سلطه و سبیل است از کافر بر مسلم و آیه می‌فرمود: لن یجعل الّله للکافرین علی المؤمنین سبیلا. ولی اگر اجاره بر ذمّه و کلّی باشد و مسلمان اجیر مختار باشد که خودش انجام دهد یا دیگری را اجیر کند برای خیاطت ثوب و غیره چنین اجاره‌ای مثل دَیْن می‌ماند و سبیل برای کافر بر مسلمان نیست و لذا اشکالی ندارد. ضمناً فرقی ندارد که مسلمانی که اجیر می‌شود عبد باشد یا حرّ باشد و ظاهر اطلاق کثیری از فقهاء مثل

---

۱. تذکرة، ج ۱، ص ۴۶۳، فرع پنجم.
۲. نهایة الاحکام، ج ۲، ص ۴۵۷.
۳. خلاف، ج ۳ ص ۱۹۰، مسأله ۳۱۹.

علاّمه در تذکرة شهید در حواشی، محقق ثانی در جامع المقاصد همین است. بلکه شیخ طوسی در کتاب خلاف فرموده: میان فقهاء در این مسأله خلافی نیست آنجا که فرموده: اگر کافری مسلمانی را (این کلمه اطلاق دارد و هر یک از حرّ و عبد را شامل است) برای کاری اجیر کند ولی به نوع اجاره بر ذمّه (نه بر عین) این اجاره صحیح است و کسی در آن مخالف نیست. سپس فرموده: و اگر کافری مسلمانی را برای مدّتی اجاره کند مثلاً یک ماهه یا یک ساله اجیر کند که در ظرف این مدّت فلان کار را انجام دهد (فرض جائی است که کار را در ظرف ده روز انجام می‌دهد ولی یکماه به او فرصت داده شده که باز مختار است که ده روز اوّل باشد یا دوّم یا سوّم یا مختلف و مختلط) باز نزد ما امامیّه اجاره صحیح است. (از این کلمهٔ عندنا فهمیده می‌شود که در فراز قبلی که فرمود: بلا خلاف منظور نفی خلاف میان همهٔ مسلمانان است.)

فخر الدین در ایضاح مدّعی شده: از امّت اسلامی نقل نشده که میان قرض گرفتن از کافر با اجیر شدن برای کافر به نحو اجاره بر ذمّه، فرقی قائل شده باشند بلکه همگی متفقاً این استیجار را تجویز می‌کنند. بر خلاف قواعد علاّمه و ظاهر ایضاح که فرموده‌اند: اجاره مطلقاً ممنوع است (چه بر عین و چه بر ذمّه) به این دلیل که استیجار سبیل و سلطه است از کافر بر مسلمان و خداوند در آیه، هر نوع سبیل و سلطه را نفی کرده است.

شهید اوّل در دروس میان عبد مسلمان و حرّ مسلم تفصیل داده و فرمود: اوّلی نمی‌تواند اجیر کافر شود ولی دوّمی می‌تواند.

سؤال: از کجای کلام شهید این تفصیل مستفاد است؟

جواب: از آنجا که اوّل فرموده: اجارهٔ عبد مسلم به شخص کافر ممنوع است مطلقاً (بر عین یا ذمّه) سپس فرموده: ولی فاضل (علاّمه) آن را تجویز کرده، سپس فرموده: لابد مراد علاّمه اجارهٔ حرّ مسلمان است و این را تجویز می‌کند نه اجارهٔ عبد مسلمان را (از این تفسیر آن تفصیل مستفاد است)

مرحوم شیخ می‌فرماید: و فیه نظر: این تفسیر شهید ناتمام است زیرا ظاهر کلام علاّمه در تذکره آن است که اجارهٔ عبد مسلم به کافر جایز است مطلقاً (ولو بر عین باشد) پس نتوان گفت: منظور علاّمه جواز اجارهٔ حرّ مسلم است.

قوله: نعم:

شاید بتوان تفصیل شهید را به این نحو توجیه کرد که: اگر عبد مسلمان اجیر کافر شود، کافر مستأجر و کار فرما بر او یَدْ و سلطه پیدا می‌کند «**و لن یجعل الّه للکافرین علی المؤمنین سبیلاً**»، ولی اگر حرّ مسلمان اجیر شود، کافر بر عین او که ید ندارد (چون عین خارجی حرّ و آزاد است و ملک نیست که یَدْ بر او پیدا شود) بر منافع او نیز ید ندارد (چون یَدْ بر منفعت تابع یَدْ بر عین است) بویژه اگر این مبنا را اختیار کنیم که اجارهٔ حرّ با اجارهٔ عبد این فرق را دارد که اجارهٔ عبد تملیک منفعت او است ولی اجارهٔ حرّ تملیک انتفاع است نه منفعت (یعنی مستأجر مالک چیزی نیست و فقط حقّ انتفاع دارد و انتفاع برای او مباح است مثل میهمانی که حق دارد از طعام میزبان استفاده کند ولی مالک طعام نیست.) که در این فرض به طریق اولی کافر بر مسلمان یَدْ و سلطنت پیدا نمی‌کند و لذا اجاره‌اش بلا مانع است.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره باشد به اینکه: اوّلاً در مورد اجارهٔ حرّ هم یَدْ بر منفعت هست و از این حیث فرقی با عبد ندارد، و بالجمله در هیچکدام یَدْ بر عین نیست و در هر دو یَدْ بر منفعت هست، پس باید حکم آندو مساوی باشد ثانیاً اینکه اجارهٔ حرّ تملیک انتفاع باشد نه تملیک منفعت صحیح نیست زیرا در این صورت فرقی میان عاریه و اجاره نخواهد بود در حالی که اینها دو باب و از دو مقوله هستند و قطعاً فرق دارند. و ثالثاً بر فرض که اجارهٔ حرّ تملیک انتفاع باشد ولی باز هم ید و سلطه هست زیرا بالاخره کافر حقّ انتفاع دارد و خود این سبیل است. پس اگر اجاره بر عین باشد مطلقاً باطل است چه عبد چه حرّ ولی اگر بر ذمّه باشد مطلقاً صحیح است.

قوله: و امّا الارتهان:

آیا گرو گذاشتن عبد مسلمان نزد کافر در ازاء مقداری وام که از او می‌گیرد، جایز است؟ در این باره هم چهار وجه وجود دارد:

۱ـ گرو گذاشتن جایز است مطلقاً (در قبال تفصیلی که خواهد آمد) این قول از ظاهر کلام علاّمه در نهایة الاِحکام مستفاد است.

۲ـ جایز نیست مطلقاً، این قول از قواعد علاّمه و ایضاح فخر الدین مستفاد است.

۳ـ قول به تفصیل: اگر عبد را نزد خود کافر گرو بگذارند صحیح نیست چون کافر بر او یَدْ و استیلاء پیدا می‌کند و جایز نیست. ولی اگر نزد فرد ثالثی که مسلمان است و مورد وثوق راهن و مرتهن است گرو تبگذارد صحیح است. زیرا در این فرض کافر بر مسلمان یَدْ و سلطه ندارد و حدّاکثر می‌تواند در فرض تأخیر در پرداخت وام، از مسلمان امین بخواهد که او عبد را بفروشد و پول کافر را بدهد وگرنه خودش سَبیل ندارد. این قول از ظاهر مبسوط و قواعد و ایضاح در کتاب رهن و جامع المقاصد و مسالک مستفاد است.

۴ـ عدّه‌ای هم مردّد شده و توقف کرده‌اند و ندانسته‌اند که آیا ارتهان جایز است یا خیر؟ و مستفاد از علاّمه در تذکره همین است.

مرحوم شیخ قول سوّم را که تفصیل بود تقویت می‌کنند به همان دلیلی که ذکر شد.

قوله: و امّا اعارته.

عاریه دادن عبد مسلمان به فرد کافر آیا جایز است یا خیر؟ شیخ می‌فرماید: بعید نیست که جایز نباشد و نظر علاّمه در قواعد، محقق ثانی در جامع المقاصد و شهید در مسالک همین است بلکه شهید اوّل در حواشی فرموده: عاریه دادن و ودیعه گذاشتن عبد مسلمان نزد کافر ممنوع است و بلکه از گرو گذاشتن هم منعش قویتر است. مرحوم شیخ می‌فرماید: نسبت به عاریه سخن شهید تامّ است و اقویٰ منعاً است از ارتهان، زیرا در ارتهان فعلاً وظیفه حفظ و نگهداری است و حقّ تصرف ندارد ولی در عاریه از اوّل حقّ انتفاع دارد و این مسلّماً سبیل بر مسلمان است و منفی است. ولی نسبت به ودیعه ناتمام است زیرا هم رهن و هم ودیعه در این جهت مشترک می‌باشند که مرتهن یا وَدَعي باید در حفظ آنها بکوشد و آنها را حفظ کند با این تفاوت که در رهن حق دارد ممانعت کند و اجازه ندهد که مالک اصلی یا راهن، آن را بفروشد و هر تصرفی از مالک باید به اذن مرتهن باشد و نیز اگر راهن دَینش را نداد، مرتهن حق دارد او را مجبور به بیع کند تا حقّش را وصول کند ولی در ودیعه این چیزها نیست، و لذا این رهن است که منعش قویتر از ودیعه است نه ودیعه از رهن، علاّمه در تذکره هر دو را تجویز کرده (عاریه ودیعه)

قوله: و ممّا ذکرنا:

آیا کافر می‌تواند عبد مسلمان را بر کافر دیگر و هم کیش خودش وقف کند؟ می‌فرماید: از مطالب گذشته دانستیم که این وقف صحیح نیست، زیرا موقوفٌ علیه که کافر است بر

این موقوفه که عبد است سبیل و سلطه پیدا می‌کند و «**لَنْ یجعل الّه للکافرین علی المؤمنین سبیلا**». (نکته: در تمام این فروعی که تحت عنوان اجاره، رهن، عاریه، ودیعه و وقف مطرح شد، مرحوم شیخ بر مسلک مشهور بحث کردند وگرنه بر مسلک خودشان بیع عبد مسلمان به کافر هم جایز بود تا چه رسد به رهن و اجاره و... که به طریق اولی جایز خواهد بود.)

قوله: ثم انّ:

اینکه مشهور در عنوان مسأله فرموده‌اند: بیع یا تملیک عبد مسلمان به شخص کافر... تا به حال بحث حکمی مسأله تمام شد و امّا بحث موضوعی در عنوان مسأله دو کلمه باید تبیین شود: ۱ـ منظور از کافر کیست؟ ۲ـ منظور از مسلمان کیست؟ امّا اوّلی: مراد از کافر هرکسی است که شرعاً به نجاست او حکم شده است چه کافر اصلی باشد که از اوّل غیر مسلمان بوده و یا کافر عرضی باشد که مرتدّ شده و از اسلام برگشته و جدیداً منکر همه چیز شده و چه برخی از فرق باشند که دارای نحله و دین اسلام هستند و خدا و رسول و قرآن را قبول دارند واز مسلمین بشمار می‌آیند ولی در فقه حکم به کفر آنها نشده و احکام کافران بر آنها بار شده از قبیل ناصبی‌ها (آن دسته از مخالفین که به ائمه علیهم السلام دشنام می‌دادند) غُلات (آن دسته از موافقین که دربارهٔ ائمه علیهم السلام غلو می‌کردند و و هکذا مجسِّمه و مشبِّهه و...) عنوان مسأله تمام اینها را شامل است البتّه در صدر اسلام و زمان نزول آیهٔ نفی سبیل، تمام این دستجات از کفّار وجود خارجی نداشتند (نواصب نبودند، غُلات نبودند و...) ولی این مهمّ نیست، زیرا مانعی ندارد که برخی از مصادیق کافر در زمان نزول آیه بوده و برخی بعداً پیدا شده‌اند و همان حکم را دادند. (قضایای شرعیّه به صورت قضایای حقیقیّه است که افراد محقّقه الوجود و مقدّرة الوجود را شامل می‌شود.) و لذا می‌بینیم که پیروان ابو حنیفه گفته‌اند: اگر مردی مرتّد شد (ولو به این صورت که یکی از ضروریّات دین را منکر شود، که چنین کسی در زمان نزول آیه نبوده) همسرش از او جدا می‌شود و برای این حکم به آیهٔ نفی سبیل تمسّک کرده و گفته‌اند زوج با ارتدادش کافر شد وزن مسلمان نباید در زیر دست او باشد. پس مانعی ندارد که برخی از مصادیق کافر بعداً حادث شده باشد.

قوله: و هل یلحق:

آیا اطفال کفار هم به خود کفّار ملحق می‌شوند و در نتیجه آنها نیز نمی‌توانند مالکِ عبد مسلمان باشند؟ یا در حکم کفّار نبوده و تملیک به آنان یا اجاره برای آنان محذوری ندارد؟ مرحوم شیخ سر بسته می‌فرمایند: فیه اشکالٌ یعنی الحاق مشکل دارد (و وجه اشکال این است که: مراد از کافر در عنوان مسأله آیا کافر حقیقی است؟ پس شاملِ اطفال نمی‌شود. و یا اعمّ از حقیقی و حکمی است؟ پس اطفال را نیز شامل است زیرا آنان هم در حکم پدران خود هستند و محکوم به احکام کافران هستند.)

قوله: و یعّم:

و امّا دوّمین کلمه در عنوان مسأله: آیا مراد از مسلمان، خصوص مسلمان شیعه مذهب است؟ یا اعمّ از شیعه و سنّی است و همهٔ فرقه‌های مسلمین (غیر از نواصب و غلات و... که محکوم به کفر بودند.) را شامل است؟ مرحوم شیخ می‌فرماید: کلمهٔ مسلم عامّ است و اهل سنّت را نیز شامل می‌شود (و دلیل آن در ادامه خواهد آمد) و در نتیجه به فتوای مشهور تملیک عبد سنّی مذهب به کافر صحیح نیست زیرا عبد سنّی مسلمان است «صغری» و الاسلام یَعلو و لا یعلی علیه «کبری» پس مملوک سنّی مذهب بر کافر علوّ و برتری دارد و کافر نمی‌تواند مالکِ او شود. «نتیجه»

قوله: و المؤمن:

اگر کسی بگوید: در آیهٔ نفی سبیل سخن از اسلام و مسلمان نیست و نفرموده: لن یجعل اللّه للکافرین علی المسلمین سبیلاً تا مسلمان سنّی مذهب را هم شامل شود، بلکه سخن از ایمان و مؤمن است و فرموده: لن یجعل اللّه للکافرین علی المؤمنین سبیلاً، و مؤمن فقط بر شیعهٔ اثنا عشری اطلاق می‌شود و سنّی مذهب را شامل نیست و از او نفی سبیل نکرده پس تملیک سنّی به کافر صحیح است.

مرحوم شیخ در جواب می‌فرماید: درست است که در آیه کلمهٔ مؤمنین آمده ولی در صدر اسلام و زمان نزول آیهٔ نفی سبیل (و بلکه جمیع آیات قرآن) کلمهٔ ایمان و اسلام یک معنا داشت و مسلمان و مؤمن یکی بود و هر دو به معنای اقرار به شهادتین بود و کسی که ظاهراً اقرار به شهادتین «شهادت به توحید و شهادت به رسالت رسول اکرم ﷺ» می‌کرد و قلباً هم بدان معتقد بود قرآن او را مؤمن می‌نامد و در آن زمان سخن

از شهادت به ولایت مطرح نبود، و اهل سنّت (به استثنای ناصبی‌ها و منافقانِ صدر اسلام) چنین بوده و هستند یعنی مقرّ به شهادتین هستند پس بر آنها هم مؤمن اطلاق می‌شود و مشمول آیهٔ نفی سبیل هستند و تملیک آنها به کفّار جایز نیست. (آری بعدها در زمان امام باقر و امام صادقعليهما‌السلام مؤمن از مسلم جدا شد و مؤمن بر کسی اطلاق می‌شد که اقرار به ولایت هم داشته باشد و شیعه باشد و الان هم در فقه ما به همین معنا به کار می‌رود.)

قوله: و نفیه:

اگر کسی بگوید: در خود آیات قرآن میان مسلمان و مؤمن فرق گذاشته و فرموده: «**قالت الاعراب آمنّا قل لم تؤمنوا و لکن قولوا اسلمنا و لمّا یدخل الایمان فی قلوبکم**» یعنی اعراب و بادیه نشینان گفتند: یا رسول الّه ما به تو ایمان آوردیم، به آنان بگو: شما ایمان نیاورده‌اید و لکن بگوئید: اسلام آورده‌ایم و هنوز ایمان در دلهای شما وارد نشده است. ملاحظه می‌کنید که این آیه از اعراب ایمان را نفی می‌کند و می‌فرماید: «**قل لم تؤمنوا**» و نیز «**و لمّا یدخل...**» ولی اسلام را اثبات می‌کند و می‌فرماید: «**و لکن قولوا اسلمنا**»، پس معلوم می‌شود ایمان غیر از اسلام است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: اوّلاً ایمان به معنای تصدیق قلبی است و نفی ایمان از اعراب بدان جهت است که آنها قلباً به آنچه به زبان می‌آوردند و اقرار می‌کردند، معتقد نبودند و تنها به زبان شهادتین می‌گفتند، و منظور از اثبات اسلام یعنی اسلام ظاهری و به زبان نه اسلام باطنی، پس آنان اسلام واقعی هم نداشتند ولی سنّی مذهب به آنچه می‌گوید قلباً هم معتقد است و واقعاً خدا و رسول و معاد را قبول دارد. و ثانیاً آیهٔ شریفه حتّی از اعراب هم که تنها به زبان اقرار می‌کردند، به کلّی نفی ایمان نکرده و نفرموده شما اصلاً مؤمن نیستید بلکه فرموده: ایمان شما ایمان خارج از قلب است و هنوز وارد قلب نشده، پس بر اهل سنّت که اقرار زبانی و قلبی دارند مسلمان و مؤمن اطلاق می‌شود و مشمول آیهٔ نفی سبیل هستند. (نکته: در اینکه مراد از اسلام و ایمان در آیهٔ مذکور چه چیزی باشد؟ احتمالاتی وجود دارد: ۱ـ اسلام اعتقاد به اموری است که انکار آنها موجب کفر است مثل توحید و نبوّت و معاد و ایمان اعتقاد به اموری است که انکار آنها موجب خروج از تشیّع است مثل انکار عدل و امامت. ۲ـ اسلام اقرار زبانی به شهادتین

است و ایمان اقرار زبانی و اعتقاد قلبی همراه با معرفت و شناخت است ۳ـ اسلام اعتقاد غیر راسخ و ایمان اعتقاد راسخ است. ۴ـ اسلام مجرّد اعتقاد است و ایمان اعتقاد همراه با عمل.)

قوله: و امّا ما دلّ:

اگر کسی بگوید: ما روایتی داریم که بر کفر اهل سنّت دلالت دارد[1] و آنان را به علّت اینکه منکر ولایت می‌باشند کافر محسوب کرده است و در نتیجه تملیک کافر به کافر محذوری ندارد.

مرحوم شیخ می‌فرماید: متقابلاً روایاتی هم داریم مبنی بر اینکه تمام احکام اسلام بر اهل سنّت جاری است از قبیل: تناکح (زن دادن به آنها و زن گرفتن از آنان) توارث (ارث بردن شیعه از آنها و آنها از مورِّثِ شیعه) و محقون الدم بودن آنها (آنان مهدور الدم نیستند و کسی حق ندارد بی‌جهت متعرّض آنان شود) و احترام اموال آنها (کسی حق تعدّی به مال آنها ندارد) و این روایات می‌گوید: اسلام همان است که جمهورِ مردمان (اهل سنّت) بر آن هستند.[2] و برای نمونه روایت حمران بن اعین را نقل می‌کنیم: از امام باقر عليه‌السلام شنیدم که می‌فرمودند: ایمان آن است که در قلب آدمی مستقرّ شود و صاحبش را به سوی خدا بکشاند، و عمل انسانِ و اطاعت او از اللّه و تسلیم بی‌قید و شرط بودنِ او در برابر اوامر الهی، آن ایمان را تصدیق کند (یعنی انسان مؤمن باید با عملش نشان بدهد که مؤمن است.) و اسلام عبارتست از آنچه ظاهر و آشکار است از قول (شهادتین) و فعل (نماز خواندن، حج بجا آوردن و...) و اسلام همان قدر مشترکی است که همهٔ فرقه‌ها برآنند و به برکت اسلام خونها محفوظ می‌ماند و ریختن آن روا نیست، و میراثها بر محور اسلام جاری است (وارث مسلمان از مورّث مسلمان ارث می‌برد) و نکاح جایز و نافذ می‌شود (مسلمان از مسلمان زن بگیرد یا به او زن بدهد) و اسلام همان است که همهٔ فرقه‌های اسلامی را در نماز و روزه و زکات و حج، جمع کرده است و بدین وسیله از کفر خارج و به ایمان نسبت داده شده‌اند... تا اینجا که راوی می‌گوید: پرسیدم آیا مؤمن بر مسلمان در فضائل (مستحبّات) و احکام (تکالیف واجب و حرام) و حدود الهی و غیره

---

۱. وسائل الشیعه، ج ۱، ص ۱۵۸، باب ۱۱. ۲. وسائل الشیعه، ج ۱۴، ص ۴۳۳، حدیث اوّل.

(دیات و قصاص و...) برتری دارد؟ امام فرموده: خیر در این جهات مساوی هستند ولی مؤمن بر مسلمان این فضیلت را دارد که عمل او ارزشمند است و او را به خدا نزدیک می‌کند و عمل صالحش بالا می‌رود و به خدا می‌رسد...[۱] و دستهٔ اوّل از روایات قدرت مقاومت در برابر دستهٔ دوّم ندارد و باید دسته دوّم را حفظ کرده و به ظاهر آنها اخذ کنیم و دسته اوّل را توجیه کنیم و یکی از توجیهات این است که:

المراد من الکفر ترتب حکمه علیه فی الآخرة و عدم معاملة المسلم معهم فیها، بل یعاقبون کالکافر و لا یثاب باعمالهم الخیریّه الصادرة منهم فی الدنیا کالصلاة و غیرها[۲]

پس اهل سنّت هم محکوم به اسلام هستند و بیع مملوک سنّی به کافر جایز نیست.

قوله: و من جمیع:

از بحثهای که کردیم به این نتیجه می‌رسیم که خرید و فروض عبد مسلمان شیعه مذهب به مسلمان سنّی مذهب اشکالی ندارد زیرا کافر بر مسلمان سبیل ندارد نه مسلمان بر مسلمان.

سؤال: آیا کنیز شیعه مذهب را می‌توان به فرد سنّی مذهب تملیک کرد یا نه؟

جواب: در رابطه با ازدواج زن شیعه مذهب با مرد سنّی مذهب روایاتی وارد شده که بر حرمتِ این ازدواج دلالت دارد و می‌گوید: **«العارفة لاتوضع الّا عند عارف»** آنگاه جا دارد کسی بگوید: اگر تزویج حرام باشد پس تملیک به طریق اولی حرام است. ولی مرحوم شیخ معتقد است که تزویج حرام نیست، پس وجهی برای حرمت تملیک کنیز شیعی به سنّی مذهب وجود ندارد و حقّ این است که تملیک جایز است ولو جاریهٔ شیعه به مولای سنّی مذهب باشد.

قوله: ثمّ انّه:

تا به حال اصل مسأله از نظر حکمی و موضوعی بررسی شد و از دیدگاه مشهور نقل و انتقال مملوک مسلمان به انسان کافر حرام شد و کافر مالک مسلمان نشد، حال از نظر همین مشهور، مواردی استثناء شده و تملیک مسلمان به کافر تجویز شده است:

---

۱. اصول کافی، ج ۲، ص ۲۶، حدیث ۵. ۲. مصباح الفقاهة، ج ۵، ص ۹۴.

قوله: منها:

یکی از مستثنیات، موردی است که خریدن و مالک شدنِ کافر مستلزم انعتاق و آزادیِ قهریِ عبد مسلمان شود که چنین شرائی تجویز شده است و خریدنی که بدنبالش انعتاق باشد سه مصداق برایش ذکر شده‌اند که در حقیقت سه مورد از مستثنیات است:

۱ـ مملوک مسلمان از کسانی باشد که قهراً علیه مولای کافر منعتق می‌شود و خود به خود آزاد می‌شود چه مولی راضی باشد یا نه و آن مالکیّت عمودین یعنی پدر و مادر است که به محض خریدن و آناًماً مالک شدن، انعتاق محقّق می‌شود و ملکیّت دوام و بقاء ندارد. حال بیع عبد مسلمانی که پدر یا مادر مولای کافر باشد، به خود کافر بلامانع است و خریدن او هم صحیح است و انعتاق قهری هم صورت می‌گیرد، ضمناً انعتاق واقعی است نه ظاهری.

۲ـ انعتاق ظاهری محقّق شود و آن در موردی است که کافری اقرار کند که این آدم حرّ است و معذلک او را از مولایش که مدّعیِ رقیّت است خریداری کند، باز به مجرّد شراء انعتاق می‌آید و در ظاهر و به مقتضای اقرارش حکم به انعتاق می‌شود. و ملکیّت کافر ادامه ندارد.

۳ـ کافری به مولای مسلمانی بگوید: «**اعتق عبدک عنّی بکذا**» یعنی عبد مسلمانت را از طرف من آزاد کن، که در اوائل بحث معاطات گفتیم: منظور این است که: اوّل عبد خودت را به من تملیک کن و سپس وکیل من هستی که آن را از طرف من آزاد کنی، مسلمان هم این کار را کرد باز این تملیک بلامانع است چون بدنبالش بلافاصله آزادی محقّق می‌شود. این مثال را علاّمه در تذکره آورده و جامع المقاصد و مسالک هم از ایشان پیروی کرده‌اند.

قوله: و الوجه:

مرحوم شیخ وجه استثنای هر کدام از سه مورد را جداگانه بیان می‌کنند:

امّا دلیل مورد اوّل: مجرّد ملکیّتِ آناً مّائی و غیر مستقرّ که بلافاصله زایل می‌شود، سبیل وسلطه شمره نمی‌شود تا به حکم آیهٔ نفی سبیل، ممنوع باشد، و اصولاً در این مورد ملکیّت فرزند نسبت به پدر یا مادر موضوعیّت ندارد و تنها مقدّمه و بهانه‌ای برای انعتاق است و چون سبیل نیست محذوری ندارد و بزرگانی از قدماء از قبیل صدوق در

من لا یحضره الفقیه، شیخ طوسی در نهایه و ابن ادریس در سرائر قائل به جواز شده‌اند و بلکه ادعّای اجماع کرده‌اند و علاوه بر اینها همهٔ متأخرین نیز این نظر را دارند، ولی عدّه‌ای از قبیل شیخ طوسی در مبسوط و قاضی ابن براّج در مهذّب با مشهور مخالفت کرده و فرموده‌اند: شراء عمودین هم جایز نیست، به این دلیل که اصلاً کافر مالک مسلمان نمی‌شود تا انعتاق صورت پذیرد. و دلیلشان بر عدم تملّک اینست که: اینان مجّرد تملّک را سبیل می‌دانند و می‌گویند: به حکم آیه این نیز منفی است و مجرّد سیادت و مولی شدن را علوّ کافر بر مسلم می‌دانند و می‌گویند: **«الاسلام یعلو و لایعلی علیه»**.

قوله: الّا انّ:

ولی مرحوم شیخ می‌فرماید: انصاف این است که: که مجرّد ملکیّتِ یک آن و بدنبالش انعتاق قهری، سبیل و سلطه نیست و هیچ اثری از آثار ملک بر آن بار نمی‌شود و تنها اثرش انعتاق است و وقتی سبیل نبود پس منفی هم نیست و چنین شراء و مالکیّتی جایز است.

قوله: و مجرّد:

اگر کسی بگوید: درست است که این مالکیّت سبیل و سلطه نیست ولی منّت که هست یعنی بعدها فرزند کافر بر پدر یا مادر مسلمان منّت خواهد گذاشت که من شما را خریدم و شما آزاد شدید، آیا از این ناحیه اشکالی ندارد؟ در جواب می‌گوییم: (اوّلاً همه جا و به صورت موجبهٔ کلّیه منّت نیست زیرا اگر کافر غافل بود و نمی‌دانست که پدرش را خریداری می‌کند و بعداً که کار از کار گذشت و انعتاق آمد متوجّه شد در اینجا منّتی ندارد، و پدر و مادر ممنون شارع مقدّس هستند که حکم به انعتاق آنها نموده نه ممنون فرزند کافرشان.)

ثانیاً بر فرض که منّت باشد ولی در اسلام منّت که نفی نشده و آیه نفرموده: لن یجعل الّه للکافرین علی المؤمنین منّةً وگرنه قرض گرفتن هم اشکال داشت در حالی که سیرهٔ مستمرّه بر اقتراض مؤمن از کافر بوده، بلکه فرموده: لن یجعل... سبیلاً، پس آنچه پیش می‌آید که منّت گذاری باشد نفی نشده و آنچه نفی شده که سبیل باشد پیش نمی‌آید. پس باید حکم به صحّت شراء مذکور کرد و استثنای مذکور بجا است.

و امّا دلیل مورد ثانی: مرحوم شیخ در اصل صحّت شراء در مورد ثانی (اقرار به حریّت) اشکال دارند و می‌فرمایند: ما علم اجمالی داریم به اینکه معاملهٔ مذکور در هر حال باطل و فاسد است چه کافر در اقرارش صادق باشد و واقعاً آن شخص مورد معامله حرّ باشد و چه کاذب باشد و واقعاً آن فرد عبد باشد، و دلیل فساد مطلق آن است که: اگر در واقع صادق باشد یکی از ارکان معامله مختلّ است که مبیع باید مالیّت داشته باشد و حرّ مالیّت ندارد و از این ناحیه معامله باطل است. و اگر کاذب باشد یکی از شروط متعاقدین مختلّ است که اسلامِ مشتری باشد و از نظر مشهور اسلام در این مورد شرط است. و وقتی شرط صحت نبود معامله هم نابود است پس در هر حال معامله فاسد است و نوبت به صحّت و جواز شراء و استثنای آن نمی‌رسد.

قوله: الّا ان:

صاحب حدایق فرموده: به چنین علم اجمالی نباید اعتنا کرد و ارزشی ندارد، بیان ذلک: گاهی در موارد علم اجمالی یک خطاب تفصیلی به قدر جامع هست مثلاً علم اجمالی داریم که یا این مایع نجس است یا آن مایع ولی هر کدام که باشد خطاب معیّنی بنام «**اجتنب عن النجس**» دارد. در اینگونه موارد علم اجمالی مؤثر است و باید احتیاط کرد و از هر دو اجتناب کرد. ولی گاهی در مورد علم اجمالی چنین خطاب تفصیلی نداریم و بلکه تردّد امر میان یکی از دو خطاب است مثلاً اجمالاً می‌دانیم که یا این مایع غصب است و یا آن مایع دیگر نجس است که اگر غصب باشد خطابش «**لا تغصب**» است و اگر نجس باشد خطابش «**اجتنب عن النجس**» است و چنین علم اجمالی‌ای وجودش کالعدم است و بدان اعتنا نمی‌شود. آنگاه ما نحن فیه از این قبیل است زیرا اگر در واقع آن شخص حرّ باشد خطاب «**لا یملک الحرّ**» می‌آید و اگر در واقع عبد مسلمان باشد خطاب «**لن یجعل اللّه للکافرین علی المؤمنین سبیلاً**» می‌آید و خطاب تفصیلی در کار نیست و لذا به این علم اجمالی اعتنا نمی‌شود و حکم به صحّت شراء مذکور و استثنای آن می‌شود.

قوله: فتأمّل:

اشاره به اینکه: اوّلاً در علم اصول ثابت کردیم که: علم اجمالی مطلقاً مؤثّر است و فرقی میان متفقّة الاطراف و مختلفة الاطراف نیست. و ثانیاً در اینجا از علم اجمالی یک علم تفصیلی به بطلان معامله متولّد می‌شود و قطعاً علم تفصیلی مؤثر است و معاملهٔ مزبور باطل است و جای صحّت و استثناء نیست.

و امّا دلیل مورد سوّم یا اعتق عبدک عنّی: در اینجا عدّه‌ای از قبیل شیخ طوسی در مبسوط و خلاف صریحاً فرموده‌اند: چنین تملیکی ممنوع است و دلیلشان همان است که در وجه مورد اوّل ملاحظه شد که مجرّد تملّک را سبیل می‌دانستند... ولی جواب ما همان جواب است که مجرّد ملکیّت، سبیل و سلطه نیست.

قوله: و منها:

مورد چهارمی که استثنا شده و مشهور حکم به صحّت شراء کافر کرده‌اند این است که: فروشندهٔ عبد مسلمان در ضمن عقد بیع با خریدار کافر طی کند و شرط کند که پس از خریدن و مالک شدن، عبد را آزاد کند مثلاً بگوید: «**بعتک بشرط العتق یا و اشترط علیک ان تعتقه**» (این را شرط ضمن العقد می‌نامند و چون مشروط یعنی عتق، امر راجح و مطلوبی است شرط صحیح است و منعقد می‌شود و فاسد نیست تا لطمه به عقد بزند) و خریدار کافر هم به این شرط گردن نهد و معامله را با همین شرط انجام دهند. در اینجا هم به عقیدهٔ شهید اوّل در دروس و شهید ثانی در شرح لمعه معامله صحیح است و کافر مالک عبد مسلمان می‌شود و این مورد هم استثناء شده است.

ولی مرحوم شیخ در این قسم هم مناقشه دارند و می‌فرمایند: از نظر مشهور این مورد استثناء نشده و محکوم به بطلان است و کافر مالک عبد مسلم نمی‌شود چراکه پس از خریدن و مالک شدن و قبل از آزادکردن و وفای به شرط (که ممکن است یک ساعت طول بکشد یا یک روز یا یک هفته و...) عبد مسلمان در تحت سلطنت کافر است و کافر بر او سبیل و علوّ دارد و از او کار می‌کشد و به حکم آیهٔ نفی سبیل، چنین چیزی منفی است و نیز به حکم حدیث «**الاسلام یعلو...**» کافر نمی‌تواند ولو برای یک ساعت بر مؤمن و مسلم علوّ و برتری داشته باشد. و تحقیق آن است که مورد چهارم که از ابتدا با شرط ضمن عقد می‌خواهد تملّک کند مثل موردی است که عبد کافر بود و ملک کافر دیگر بود ولی حالا عبد مسلمان شده و در استدامه و بقاء ملک کافر است ولی مجبور می‌شود که بفروشد، این دو باب هر دو مثال هم می‌باشند که به مجرّد اشتراط مزبور و یا اجبار بر بیع، سبیل و سلطه منتفی نمی‌شود و تا بیع یا عتق حاصل نشده کافر بر مسلمان سلطه دارد و به حکم آیهٔ نفی سبیل، جایز نیست. پس به عقیدهٔ شیخ اعظم استثناء مورد چهارم هم ناتمام است.

قوله: و الحاصل:

در مورد سبیل که در آیه نفی شده، به قول شهید اوّل در حواشی سه احتمال وجود دارد:

۱ـ سبیل اعم باشد و شامل مجرّد ملکیّت هم بشود یعنی نفس مالکیّت کافر نسبت به مسلمان ولو یک لحظه هم سبیل باشد و به حکم آیه منفی باشد. طبق این احتمال از چهار مورد مذکور، تنها مورد دوّم استثنائش صحیح است که کافر اقرار به حریّت داشت و اصل ملکیّت کافر نسبت به عبد مسلمان محرز نیست، بلکه در ظاهر حکم به عدم ملکیّت می‌شود و چنین موردی مشمول آیه نیست. ولی مورد اوّلی و سوّمی و چهارمی استثنائش باطل است زیرا در موارد شراء مَنْ ینعتق علیه و نیز در مورد «**اَعْتِقْ عبدک عنّی بکذا**»، مجرّد ملکیّت هست و کافر آناًماً می‌خواهد مالک مسلمان شود و سپس آزادی صورت بگیرد و به حکم آیه مجرّد تملّک هم منفی است و کافر مالک مسلمان نمی‌شود ولو یک آن و استثناء ندارد. و نیز در مورد بیع با شرط عتق که به طریق اولی اصل ملکیّت می‌آید و قابلیّت بقاء و استمرار هم دارد و قطعاً مشمول آیه است و چنین مالکیّتی منفی است و جای استثناء نیست.

۲ـ مراد از سبیل مجرّد ملکیّت نیست بلکه ملکیّت مستقرّ (ملکیّتی که دوام و استقرار دارد) مراد است منتها نه خصوص ملک مستقّر فعلی بلکه شأنی هم باشد کافی است یعنی ملکیّتی که قابلیّت بقاء و استمرار را داشته باشد، و آیهٔ شریفه این نحو از مالکیّت کافر بر مسلم را نفی می‌کند. نتیجهٔ این احتمال: استثنای مورد اول و دوّم و سوّم صحیح است زیرا در مورد اوّل و سوّم مجرّد ملکیّت هست ولی قابل دوام و بقاء نیست و آیهٔ نفی سبیل این را شامل نیست و در مورد دوّم هم که اصل ملکیّت هم مسلم نیست تا چه رسد به دوام و استقرار آن، ولی استثنای مورد چهارم صحیح نیست زیرا در این مورد، ملکیّت کافر نسبت به مسلمان قابلیّت دوام و استقرار را دارد ولو فعلاً مستقّر نیست بخاطر شرطی که در ضمن عقد آورده‌اند ولی ذاتاً و قطع نظر از شرط قابلیّت استقرار را دارد و مشمول آیه است و آیه آن را نفی می‌کند و جای حکم به صحّت نیست.

۳ـ مراد از سبیل خصوص ملک مستقرّ فعلی باشد یعنی اینکه در خارج کافر مالک مسلمان شود و این ملکیّت ادامه داشته باشد و چیزی نتواند آن را بهم بزند، ملکیّت به این نحو منفی است نه هر ملکیّتی، نتیجهٔ این احتمال: هر چهار مورد استثنائش صحیح

است زیرا در مورد دوّم که اصل ملکیّت منتفی است و در قسم اوّل و سوّم هم که استقرار و بقاء ندارد ولو شأنا و در قسم چهارم هم ولو قابلیّت بقاء داشت و لیکن با آمدن شرط ضمن العقدی فعلاً از دوام و استمرار افتاد و دیر یا زود باید به شرطش عمل کند و عبد را آزاد کند. پس آن را که آیه نفی می‌کند این موارد نیست و این موارد تملّک صحیح است.

مرحوم شیخ می‌فرماید: «**خیر الامور اوسطها**» یعنی ما از سه احتمال مزبور احتمال دوّم را که وسط بود اختیار می‌کنیم و می‌گوییم: منظور آیه نفی مجرّد ملکیّت نیست زیرا مجرّد ملکیّت سبیل و سلطه محسوب نمی‌شود و نیز ملک مستقرّ فعلی هم لازم نیست باشد زیرا با وجود ملک مستقرّ ولو شأناً، سبیل و سلطه هست (به بیانی که در و فیه نظر فرمودند) و به حکم آیه منفی است.

قوله: ثم انّ:

تملّک کافر نسبت به عبد مسلمان گاهی تملّک ابتدائی است یعنی ابتدا به ساکن می‌خواهد مالک شود و احداث مالکیّت است و گاهی استدامه‌ای است یعنی قبلاً مالک بود و حالا هم حکم به بقاءِ مالکیّت او می‌شود مثل موردی که عبد کافری نزد مولای کافر، مسلمان شد که از این پس مولی را اجبار به بیع می‌کنند ولی تا نفروخته است عبد تازه مسلمان کماکان در ملک او باقی است. و تملّک ابتدائی هم گاهی اختیاری است یعنی کافر به اختیار خویش می‌خواهد مالک عبد مسلمان شود مثل خریدن و مالک شدن قبول هبه کردن و مالک شدن و... که اینها از افعال اختیاری است. و گاهی قهری و غیر اختیاری است مثلاً عبد کافری نزد مولای کافر بود و حالا مسلمان شده و قبل از آنکه مولی را مجبورش کنند تا عبد را بفروشد از دنیا رفت و عبد کافر هم مثل سایر اموال کافر به وارثِ کافر او منتقل شد که ارث ناقل قهری است نه اختیاری، یعنی وارث چه بخواهد و چه نخواهد مالکِ ترکهٔ مورّث خویش است.

تا به حال وضع مالکیّت اختیاریِ کافر بر مسلمان روشن شد که در مواردی استثناء شد و حکم به صحّت شد. و امّا تملّک قهری چگونه است؟ آیا وارثِ کافر، عبد مسلمان را هم از پدرش ارث می‌برد یا خیر؟ در اینجا دو دسته ادلّه داریم:

۱ـ آیهٔ نفی سبیل بنابر اینکه مجرّد ملکیّت را هم شامل شود، دلالت می‌کند که کافر مالک مسلمان نمی‌شود و بر مؤمن سبیل ندارد و یکی از مصادیق سبیل همین تملّک کافر

نسبت به مسلمان است پس آیه می‌گوید: وارثِ کافر، عبد مسلمان را به ارث نمی‌برد.

۲ـ عمومات ارث که دلالت می‌کنند بر اینکه وارثِ کافر از مورِّث کافر ارث می‌برد و به عمومشان عبد مسلمان را هم که از اموال میّت است شامل می‌شوند و میان این دو دسته از نسب اربع عموم من وجه است و مادّه اجتماع عبد مسلمان است که از میّت کافر بر جای مانده که آیهٔ نفی سبیل می‌گوید: وارثِ کافر، عبد مسلمان را ارث نمی‌برد و مالک نمی‌شود و عمومات ارث می‌گویند: این را هم ارث می‌برد و مالک می‌شود و این دو دسته تعارض و تساقط می‌کنند و نوبت به اصل عملی می‌رسد و اصل عملی استصحاب بقاء رقیّت و عدم حریّت است یعنی چنین نیست که این عبد بطور قهری علیه میّت آزاد شود و موت او سبب انعتاق قهریِ عبدش باشد و یا علیه وارث آزاد شود، وجهی و مجوّزی برای انعتاق نیست، عتق هم که صورت نگرفته پس کماکان بر رقیّت باقی است. ولی نتیجه استصحاب بقاء رقیّت این نیست که: پس وارثِ کافر، مالک این عبد می‌شود زیرا چنین استصحابی اصل مثبت خواهد بود که حجّت نیست بلکه نتیجه‌اش دو احتمال است: ۱ـ وارثِ کافر مالک عبد شود. ۲ـ امام علیه السلام که «وارثُ مَنْ لا وارِثَ له» است این عبد مسلمان را مالک شود. (البته اگر در طبقات پیش از امام یک وارث مسلمانی نباشد وگرنه نوبت به امام نمی‌رسد.) پس هر دو محتمل است.

قوله: بل هو:

نه تنها احتمال می‌دهیم که امام وارثِ این عبد باشد بلکه تحقیق این احتمال را اقتضا می‌کند. بیان ذلک: ما در اینجا چهار دسته ادلّه داریم: ۱ـ استصحاب بقاء رقیّت ۲ـ آیهٔ نفی سبیل ۳ـ عموماتِ ارث ۴ـ روایاتی که می‌گوید: «الامام وارثُ من لا وارث له» و مقتضای جمع میان این ادلّه آن است که: امام علیه السلام مالک عبد مسلمان شود، به این بیان: از طرفی به حکم استصحاب رقیّت، الان هم این عبد مسلمان به رقیّت باقی است و مملوک است از طرفی آیهٔ نفی سبیل می‌گوید: وارثِ کافر نمی‌تواند او را ارث ببرد و وجودش کالعدم است، از طرفی هم ادلّهٔ ارث او را شامل است و می‌گوید: بالاخره او نیز به ارث برده می‌شود، پس عبد مسلمان مالی است که قابل ارث بردن است و فرزند کافر هم نمی‌تواند ارث ببرد طبعاً نوبت به امام علیه السلام می‌رسد و امام وارث او است.

قوله: و بهذا التقریر:

اگر کسی اشکال کند و بگوید قانون باب ارث این است که: الا قرب فا لا قرب باید پیش رفت و با وجود طبقهٔ اوّل نوبت به طبقهٔ دوّم نمی‌رسد و با وجود دوّمی نوبت به طبقهٔ سوّم نمی‌رسد و با وجود آنها نوبت به ضامن جریره نمی‌رسد و با وجود او نوبت به مولای مُعتق نمی‌رسد و با وجود او نوبت به امام نمی‌رسد. آنگاه با وجود وارثِ کافر در طبقهٔ قبل از امام‌علیه‌السلام چگونه نوبت به امام رسید و امام مالک شد؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: این اشکال مندفع است زیرا به حکم آیهٔ نفی سبیل، وارث کافر از ارث محروم شد و کسی که ممنوع از ارث شد وجودش کالعدم است و مثل کسی است که بیگانه است وارث نمی‌برد، آنگاه نوبت به امام‌علیه‌السلام می‌رسد زیرا مورد ارث امام آنجا است که وارثی نباشد.

قوله: فالعمدة:

پس از راه عمومات ارث نتوانستیم ثابت کنیم که وارثِ کافر، عبد مسلمان را هم به ارث می‌برد و قهراً مالک می‌شود، چون این عمومات معارض پیدا کرد، آنگاه عمده دلیل ما بر جواز ارث بردن و مالک شدن، و جود اجماع است که همه فرموده‌اند و محقّق ثانی هم در جامع المقاصد تصریح به اجماع کرده است.

قوله: ثمّ هل یلحق:

نواقل یا اسباب مُمِلّکه دو دسته هستند: ۱ـ نواقل اختیاری مثل خریدن و هبه کردن و... ۲ـ نواقل قهری و غیر اختیاری مثل ارث بردن و... حال آیا هر نوع تملّک قهری ملحق به ارث است و همانطوری که کافر از راه ارث بردن مالک قهریِ عبد مسلمان می‌شد از راههای دیگر هم مالک می‌شود؟ یا حکم مزبور مختصّ به ارث است و سایر تملّکات قهری ملحق به ارث نیست و کافر از آن راهها مالکِ مسلمان نمی‌شود؟ و یا تفصیل در کار است به اینکه: گاهی تملّک قهری از یک سبب اختیاری سر چشمه می‌گیرد، (مثلاً بایع کافری عبد کافرش را به مسلمانی فروخت و در ضمن عقد برای مشتری شرط خیار کردند که این خیار مجعول به جعل متعاقدین است و اختیاری است،

سپس در مدّت خیار، عبد کافر مسلمان شد و بعد مشتری اِعمال خیار کرد و معامله را فسخ کرد، بدین وسیله بایعِ کافر مجدّداً مالک این عبد می‌شود و به اختیار او هم نیست

بلکه مشتری با فسخ باعث این تملّک قهری برای کافر شده ولی سببش اختیاری است که حق الخیار مجعول به جعل طرفین باشد.) چنین موردی ملحق به ارث نیست و کافر مالک عبد مسلمان نمی‌شود. و گاهی تملّک قهری دارای سبب اختیاری نیست (مثلاً در همان مثال قبلی شارع مقدّس خیار مجلس یا حیوان یا غیره را برای مشتری جعل کرده و به اختیار طرفین نیست و بعد مشتری با استفاده از این حق الخیار مجعول از ناحیهٔ شارع معامله را فسخ کند و عبد مسلمان دوباره ملک کافر شود که تملّک قهری است و از سبب غیر اختیاری سر چشمه می‌گیرد.) چنین موردی ملحق به ارث بشود و کافر مالک عبد مسلمان گردد؟

مرحوم شیخ می‌فرماید: در قدم اوّل ما وجه وسط را اختیاری می‌کنیم زیرا دلیل جواز ارث و تملّک قهری اجماع است و اجماع دلیل لبّی است و به قدر متیقّنِ آن‌که باب ارث باشد اکتفا می‌شود و در سایر موارد به عموم آیهٔ نفی سبیل بر می‌گردیم. و در قدم دوّم اگر کسی قول وسط را خدشه کند ما وجه اخیر یعنی تفصیل را ترجیح می‌دهیم.

قوله: ثمّ انّه:

تا به حال وضع تملّک کافر نسبت به عبد مسلم روشن شد و مواردی تملّک ابتدائیِ اختیاری بود که به صورت مستثنیات بیان شد و چهار مورد بود که فعلاً کاری با این موارد نداریم چرا که در این موارد خود به خود مالکیّت کافر نسبت به عبد مسلمان بقاء و استمرار ندارد. و مواردی هم تملّک ابتدائیِ قهری بود که قدر متیقّن باب ارث بود و الحاق سایر نواقل قهری به ارث مشکل پیدا کرد. و مواردی هم تملّک استدمه‌ای بود که عبد کافری نزد مولای کافر بود و بعد مسلمان شد و فعلاً مالکیّت کافر هست و منتفی نشده است حال در اینگونه موارد که مالکیّت کافر محفوظ است حکم آن است که: بدون هیچ اشکال و اختلافی همهٔ فقهاء متفق القول می‌گویند: مولای کافر مجبور است عبد مسلمان را به مسلمانان بفروشد و اگر خودش نفروشد مسلمانان علیه او خواهند فروخت و طیب نفس او در این مورد شرط نیست، و به هر حال شرعاً عبد کافر در ملک کافر باقی نمی‌ماند و دوام و استمرار پیدا نمی‌کند بلکه دیر یا زود از چنگ او خارج می‌شود و به مسلمین فروخته می‌شود و دلیل این مطلب روایتی است که از امام علی علیه‌السلام وارد شده است:

عبد کافری مسلمان شده بود و امام علی علیه السلام فرمود: بروید و او را به مسلمانان بفروشید و پولش را به مولای کافرش بدهید (تا متضرّر نشود) و مبادا بگذارید عبد مسلمان در نزد کافر و به ملکیّت او باقی بماند.

قوله: و منه:

در قدم اوّل خود مولای کافر باید عبدش را به مسلمان بفروشد و در قدم بعدی اگر کافر امتناع کرد و عبد مسلمان را نفروخت حاکم شرع (فقیه جامع شرائط) متولّیِ بیع می‌شود و عبد را به مسلمانان می‌فروشد.

قوله: و یحتمل:

در رابطه با ولایت بر بیع عبد مسلمان سه احتمال وجود دارد:

۱ـ ابتدائاً فقط مالک کافر حق بیع دارد و اگر امتناع کرد نوبت به حاکم شرع یا عدول مؤمنین می‌رسد.

۲ـ ابتدائاً هر یک از مالک و حاکم ولایت دارند و هر کدام می‌توانند بفروشند. (مثل پدر و جدّ پدری)

۳ـ ابتدائاً فقط حاکم شرع ولایت دارد و کافر نمی‌تواند بفروشد.

حال در فراز قبلی سخن از ترتیب و طولیّت بود، ولی در اینجا می‌فرمایند: بعید نیست که حاکم شرع از ابتدا ولایت بر بیع داشته باشد چه کافر امتناع بکند یا نه، دلیل ولایت حاکم آن است که: کافر گرچه مالک عبد مسلمان است ولی قابلیّت سلطنت و استیلاء و دخل و تصرّف در عبد مسلمان را ندارد و بیع تصرّف ناقل است و کافر سبیل و سلطه ندارد و محجور است و لذا حاکم شرع فقط حقّ دارد بفروشد. و کافر حقّ ندارد آری حدّاکثر آن است که به حکم نصّ (روایت امام علی) و فتوای فقهاء کافر مالکیّت دارد ولی سلطه ندارد. و لذا در تعابیر فقهاء کلمهٔ «یَبیعُ هو» نیامده تا منظور این باشد که خود کافر می‌فروشد، بلکه کلمهٔ یُباع علیه به صورت فعل مجهول آمده یعنی علیه کافر فروخته می‌شود یعنی دیگران این کار را می‌کنند نه خودش.

قوله: بل صرّح:

به نظر ما مالکیّت بود ولی سلطنت نبود، ولی فخر الدین در ایضاح تصریح کرده به اینکه به مجرّد مسلمان شدنِ عبد، اصل مالکیّتِ مولای کافر زائل می‌شود نه اینکه مالک

هست ولی سلطنت ندارد، آری تنها یک حقّی داردکه حقّ استیفاء ثمن باشد یعنی پس از اینکه حاکم یا مسلمین عبد او را فروختند، او حق دارد بگوید: ثمنِ آن را به من بدهید، و بیش از این حقّی ندارد. البته مرحوم شیخ این را قبول ندارد و می‌فرمایند: زوال ملکیّت بر خلاف نصّ و فتوی است و حقّ این است که تملّک دارد ولی تسلّط ندارد.

قوله: و کیف کان:

می‌دانیم که بیع احکامی دارد یکی از احکام مهّم آن خیارات است که طرفین یا یکی از آنها حق الخیار پیدا می‌کند از قبیل: خیار مجلس، شرط، حیوان، عیب، غبن و... حال اگر حاکم شرع متولّیِ بیع شد و عبد مسلمان را به مسلمانان فروخت، احکامی دارد که شیخ اعظم ره مطرح نمی‌کنند. ولی اگر خود مولای کافر متولّیِ بیع شد و عبدش را به مسلمانان فروخت (با این فرض که بیع او صحیح و نافذ باشد و این مقدار سبیل و حقّ تصرّف ناقل داشته باشد که در واقع مقدّمهٔ بر چیدن سبیل است.) آیا در این معامله هم حقّ الخیاری در کار است یا خیر؟ آیا خود کافر حقّ الخیار دارد؟ آیا مشتریِ مسلمان حق خیار دارد؟ شیخ اعظم می‌فرماید: خیر حقّ الخیاری نیست نه به نفع مولای کافر که حق الخیار برای او جعل شده باشد و نه بر ضرر او که حقّ الخیار علیه او جعل شود و برای طرف مقابل یعنی مشتریِ مسلمان جعل شود، خیر برای هیچکدام نیست و شهید اوّل هم در حواشی دربارهٔ خیار مجلس و خیار شرط، همین رأی را دارد. و دلیل نفی خیار آن است که: خیار چنانکه در مبحث خیارات خواهد آمد، احداث و ایجاد ملک جدید است (که با فسخ و اعمال خیار از هم اکنون بایع دوباره مالک مبیع می‌شود) و چنین ملکیّت جدید و مستحدثی سبیل است و به برکت آیهٔ نفی سبیل نفی شده است.

قوله: لتقدیمه:

اگر شما بفرمائید: تنها آیهٔ نفی سبیل که نیست، ادلّهٔ خیارات هم هست که با آیهٔ نفی سبیل عامّین من وجه هستند و در مادّه اجتماع که بیع عبد مسلم باشد تعارض می‌کنند و جای آیهٔ مذکور نیست. در جواب می‌گوییم: بر مسلک مشهور عنوان نفی سبیل مثل عنوان نفی ضرر و حرج از عناوین ثانویّه است و ادلّهٔ عناوین ثانویّه بر ادلّهٔ عناوین اولیّه حکومت دارند و مقدّم هستند پس با وجود آیهٔ نفی سبیل نوبت به ادلّهٔ خیارات نمی‌رسد. همانگونه که به عقیدهٔ مشهور آیهٔ نفی سبیل بر عمومات و اطلاقاتِ صحّت بیع

هم مقدّم و حاکم بود (گرچه مرحوم شیخ اعظم حکومت را در آنجا تسلیم نشدند.)

نتیجه: پس خیاری در این معامله نیست نه برای فروشندهٔ کافر و نه برای خریدار مسلم.

قوله: و یمکن:

شافعیّه قاعده‌ای دارد به این عنوان که: «**الزائل العائد کالّذی لم یزل او کالّذی لم یعد**»؟ یعنی چیزی که زائل شده بود و مجدّداً عود کرده مثل آن چیزی است که اصلاً زائل نشده بود و کأن همیشه بوده؟ یا مثل چیزی است که هرگز عود نکرد و برنگشت و اینکه هست چیز جدیدی است نه همان امر قدیم که عود کرده باشد؟ و هر کدام نتایجی دارد. حال ممکن است کسی مسألهٔ ما را (خیار فسخ داشتنِ کافر) بر آن قاعده مبتنی کند و بگوید: یک زمانی کافر مالک عبد مسلمان بود و بعد آن را فروخت و ملکیّت زائل شد و حال مجدّداً اِعمال خیار می‌کند و عبد را به ملک خود بر می‌گرداند. حال اگر این ملکیّتی که زائل شده بود و الان با فسخ کردن عود می‌کند مثل آن ملکیّتی باشد که اصلاً زائل نشده و کانّ هنوز نفروخته است، نتیجه ثبوت خیار فسخ است زیرا با فسخ کردن همان ملکیّت سابق بر می‌گردد و فرض این است که آن ملکیّت مورد امضای شارع بود و نفی ملکیّت نکرده بود، آری امر به ازالهٔ آن کرده بود که حالا هم پس از فسخ و عود ملکیّت باید دوباره به مسلمان دیگر بفروشد. ولی اگر ملکیّت عود کرده در سایهٔ فسخ، مثل ملک اوّل نباشد بلکه ملک جدید و مستحدث باشد، نتیجه عدم ثبوت خیار فسخ است، زیرا با فسخ یک ملک جدید درست می‌شود و چنین ملکیّتی از سوی شارع امضاء نشده بلکه با آیهٔ نفی سبیل ابطال شده است.

قوله: و لکن:

ما اصل مبنای مذکور را (**الزائل العائد کالذی لم یزل او کالذی لم یعد**) قبول نداریم زیرا به جائی بند نیست و مستندی ندارد. و آنکه مستند و دارای دلیل است اینکه: آیهٔ نفی سبیل می‌گوید: کافر مالک عبد مسلمان نمی‌شود و قدر متیقّنی که از این عموم خارج شده صورت تملّک قهری در سایهٔ ارث بردن است که اجماعاً جایز بود و مازاد بر آن که با اعمال خیار مالک شود مشکوک است به برکت آیهٔ نفی سبیل حکم به نفی آن می‌کنیم.

در نتیجه در بیع مذکور خیاری نیست نه برای کافر و نه برای مشتریِ مسلمان.

قوله: نعم:

آری اگر در معاملهٔ مذکور مُثمن (عبد مسلمان) یا ثمن (وجه یا جنسی که مسلمان به کافر در عوض عبد داده) معیوب بود حقّ الخیار عیب دارند ولی فقط می‌تواند ارش و ما به التفاوت صحیح و معیب را اخذ کند وگرنه حقٍّ ردّ ندارد.

قوله: و یشکل:

خیارات در تقسیمی دو دسته می‌شود: ۱ـ خیاراتی که از تضرّر یک طرف سر چشمه نمی‌گیرد و دلیل آنها قاعدهٔ لا ضرر نیست مثل خیار مجلس، حیوان، شرط، و... ۲ـ خیاراتی که از تضرّر سر چشمه می‌گیرد و برای دفع ضرر جعل می‌شود و دلیل آنها قانون لا ضرر است مثل خیار غَبْن، عیب تدلیس، تأخیر و... حال قسم اوّل از خیارات در معاملهٔ عبد مسلمان نیست ولی قسم دوّم را نمی‌توانیم نفی کنیم زیرا دلیل آن قاعدهٔ لا ضرر است و لا ضرر بر آیهٔ نفی سبیل حکومت دارد و منظور از قوّت ادلّهٔ نفی ضرر همین است آنگاه علی القاعده باید گفت: این دسته از خیارات ثابت است. ولی باز هم مرحوم شیخ تفصیل می‌دهند به اینکه: اگر مولای کافر متضرّر می‌شود حق الخیار ندارد چون خودش بر ضررش اقدام کرده زیرا منشأ تضرّر، کفر او است و کفر اختیاری است و کسی که اختیار کفر کرده در حقیقت غیر مستقیم اقدام به ضرر خویش کرده و دیگری ضامن نیست. ولی اگر مشتریِ مسلمان متضرّر می‌شود حقّ الخیار دارد و می‌تواند معامله را فسخ کند.

قوله: و یظهر:

وقتی مولای کافر مجبور می‌شود و عبد مسلمان را به مسلمانی منتقل می‌کند این نقل و انتقال گاهی به عقد لازم از قبیل بیع است که تا به حال حکمش بیان شد. و گاهی به عقد جایز است یعنی عبد مسلمان را به مسلمانی هبه و هدیه می‌کند (و می‌دانیم که قانون هبه اینست که تا لازم نشده و متهّب در مال موهوب تصرّف نکرده، واهب حقّ رجوع دارد.) حال آیا کافر حقّ رجوع دارد یا نه؟ می‌فرماید: از مطالبی که در رابطه با بیع گفتیم که حقّ فسخ نداشت، حکم هبه هم روشن می‌شود که حقّ رجوع ندارد به همان بیان که ملک جدید است و با آیهٔ نفی سبیل مرتفع می‌شود.

قوله: و خالف:

به عقیدهٔ مشهور، مولای کافر نه حقّ فسخ داشت و نه حقّ رجوع در هبه، ولی محقق ثانی در جامع المقاصد به پیروی از شهید اوّل در دروس با رأی مشهور مخالفت کرده و فرموده‌اند: کافر حقّ الخیار دارد و اگر متاع معیوب بود می‌تواند آن را به صاحبش ردّ کند و عبدش را بگیرد. و دلیل محقق ثانی اینست که: عقد چه جایز و چه لازم دارای آثار و لوازم و مقتضَیات و احکامی است که حتماً این لوازم بر عقد مترتّب می‌شود و صرف اینکه مبیع عبد مسلمانی است که کافر به مسلمانان فروخته است، باعث نمی‌شود که از آثار عقد رفع ید شود، زیرا رفع ید از این آثار نیاز به مقتضيِ و دلیل دارد و دلیلی نداریم و اگر کسی بگوید: آیهٔ نفی سبیل دلیل بر خروج از این آثار و لوازم است و به حکم آیه خیاری نیست خواهیم گفت: این آیه اگر مقتضيِ بود می‌بایست از اصل ملکیّت رفع ید شود و بگوییم: اصلاً کافر مالک مسلمان نیست، در حالی که چنین نکردیم، پس آیهٔ مزبور دلیل بر رفع ید از لوازم عقد نیست. حال که لوازم عقد باقی و محفوظ است.

پس اگر کافر به معاملهٔ معاطاتی عبد مسلم را به مسلمان بفروشد احکام معاطات جاری می‌شود (تا عین مثمن و ثمن موجود است طرفین حقّ ترّاد دارند و می‌توانند عوضین را به یکدیگر بر گردانند.) و نیز اگر عبد مسلمان را به مسلمانان هبه کرد باز احکام هبه را دارد یعنی تا زمانی که متهبّ تصرّف نکرده و هبه، لازم نشده واهبِ کافر حقّ رجوع در هبه دارد. آری این مقدار را می‌پذیریم که: حاکم شرع می‌توانند از اوّل کافر را ملزم سازد به اینکه کلیّهٔ خیارات را در متن عقد اسقاط کند و بدون خیار معامله کند، یا ملزم کند که عقد جایز انجام ندهد و به نقل لازم، عبد مسلمان را به دیگری منتقل کند البتّه مشروط بر اینکه از این ناحیه خسارتی بر مال وارد نشود، ولی اگر از اوّل چنین الزامی نبود و کافر عبد مسلمان را فروخت یا هبه کرد آثار و احکام که خیار فسخ و جواز رجوع و... باشد ثابت است و کافر حقّ فسخ و رجوع دارد.

قوله: و فیما ذکره نظر:

مرحوم شیخ می‌فرماید: سخنان محقّق ثانی از اوّل تا آخر قابل مناقشه است؛ امّا اینکه فرمودند: حقّ الخیار از لوازم بیع است و حق رجوع از لوازم هبه است و چیزی که مقتضی و دلیل بر خلاف باشد و موجب شود که ما از این لوازم رفع ید کنیم وجود ندارد،...

مرحوم شیخ می‌فرماید: اتّفاقاً مقتضی و دلیل داریم و آن عموم آیۀ نفی سبیل است که بصورت نکره در سیاق نفی می‌گوید: کافران بر مؤمنان هیچ سبیلی ندارند و بنابر اینکه سبیل ملکیّت را هم شامل شود، معنای آیه نفی هر گونه تملّکی از کافر نسبت به مسلمان است و قدر متیقّن آن است که: عموم آیه به باب ارث تخصیص خورده و باب تملّک قهری به ارث خارج شده است و اجماع قائم بود بر جواز ارث بردن، ولی آیا به باب عود ملکیّت توسّط اِعمال خیار و فسخ معامله یا توسّط رجوع در هبه، نیز تخصیص خورده است که بگوییم: کافر نمی‌تواند مالک مسلمان شود مگر در موردی که فسخ کند یا رجوع کند که اگر چنین کرد مالک شود؟ آیا چنین است؟ می‌فرماید: تخصیص آیه به این موارد دلیل ندارد و وقتی شک در تخصیص زائد می‌کنیم باز اصالة العموم جاری می‌شود و به حکم عموم آیۀ نفی سبیل نوبت به اعمال خیار یا رجوع در هبه نمی‌رسد.

و امّا اینکه فرمودید: عقد بیع مستلزم خیارات است یا عقد هبه مستلزم جواز رجوع است و اینها از لوازم عقد می‌باشند و هرجا ملزوم بود باید لازم هم باشد. می‌گوییم: این استلزام یک امر عقلی که نیست تا انفکاک لازم از ملزوم عقلاً محال و ممتنع باشد و ثبوت لازم بر فرض ثبوت ملزوم ضروری و حتمی باشد، بلکه این آثار و لوازم تابع ادلّۀ آنها است یعنی به برکت ادلّۀ خیارات، حق الخیار ثابت می‌شود و به برکت ادلّۀ جواز رجوع در هبه، این رجوع ثابت می‌شود و وقتی این احکام تابع ادلّۀ خودشان بودند می‌گوییم: از نظر مشهور آیۀ نفی سبیل بر ادلّۀ خیارات و جواز رجوع تقدّم دارد و مختص این ادلّه است (البته چون نسبت‌ها عموم و خصوص من وجه است جای تخصیص مصطلح نیست و جای حکومت است) و با وجود دلیل حاکم نوبت به دلیل محکوم نمی‌رسد (البته جا داشت تفصیل بدهند و بفرمایند: اگر دلیل خیار قانون لا ضرر باشد، این دلیل الخیار است که قویتر است و اگر ادلّۀ خاصّۀ دیگر یا اجماع و حکم عقلی باشد که دلیل لبّی هستند، آیۀ نفی سبیل از آنها قویتر است) و از نظر مشهور آیۀ نفی سبیل بر ادلّۀ صحت و لزوم بیع (**احلّ اللّه البیع، اوفوا بالعقود و...**) که به مراتب قویتر از ادلّۀ خیارات بودند مقدّم و حاکم بود تا چه رسد به این ادلّه که خیلی ضعیف تر هستند و تقدیم آیۀ نفی سبیل بر اینها خیلی راحت است.

قوله: و مع:

بر فرض که مسأله حکومت ثابت نشود و آیهٔ نفی سبیل بر ادلّهٔ خیارات حاکم نباشد بلکه ادلّهٔ خیارات قدرت مقاومت داشته باشد باز می‌گوییم: در مادّهٔ اجتماع که حق الخیار در مورد عبد مسلمان باشد، دو دسته تعارض و تساقط می‌کنند و نوبت به اصل عملی می‌رسد و اصل عملی در اینجا استصحاب بقاء ملکِ مشتری مسلمان و عدم زوال آن است زیرا قبل از فسخِ کافر و اعمال خیار او که عبد ملک مشتریِ مسلمان گردیده بود حال پس از فسخ شک در بقاء ملک داریم، از استصحاب بقاء ملک (استصحاب وجودی) و عدم زوال ملک (استصحاب عدمی) بهره می‌گیریم. ولی بلافاصله می‌فرماید: فتأمّل که شاید اشاره باشد به اینکه: بر مسلک شیخ طوسی که تا مدّت خیار منقضی نشود اصلاً مبیع ملک مشتریِ مسلمان نشده تا استصحاب ملک جاری شود و بر مسلک مشهور هم که به مجرّد عقد، ملکیّت می‌آید این بحث مطرح است که آیا علقهٔ مالکیّت کافر به کلّی منقطع شد یا ضعیف و باریک شده ولی از بین نرفته؟ اگر از بین رفته باشد جای استصحاب ملکِ مشتری است ولی اگر ضعیف شده باشد و هنوز باقی باشد هم جای استصحاب بقاء ملک بایع است و هم مجرای استصحاب بقاء ملک مشتری و باید دید کدام استصحاب مقدم است؟ و اگر تقدّمی نبود تعارض و تساقط است و از استصحاب طرفی نمی‌بندیم.

و امّا اینکه فرمودید: آری حاکم شرع کافر را ملزم می‌سازد به اینکه به عقد جایز منتقل نکند، به بیع لازم هم که منتقل می‌کند همهٔ خیارات را اسقاط کند... ما می‌گوییم: چه فرق است میان اینکه حق رجوع و خیار باشد ولی حاکم مجبورش کند که اسقاط نماید یا به قول مشهور از اوّل حق الخیاری نباشد؟ اگر فرقی ندارد پس بهتر آن است که بگوییم: از اوّل حق الخیاری نیست و مسألهٔ بیع عبد مسلمان از سوی کافر به مسلمان دیگر همانند مسألهٔ تصرّف در زمان خیار است و همانطوری که اگر ذی الخیار در مدّت خیار در مالی که در اختیار او است تصرّف کند این تصرف مُسقِط خیار او است هکذا نقل عبد مسلم به مسلمانان هم مسقط خیار است یعنی از آغاز حقّ الخیاری ندارد.

قوله: و ممّا ذکرنا:

مرحوم علاّمه در قواعد فرموده: اگر کافری عبد مسلمانش را به مسلمانی بفروشد و در

مقابل پارچه‌ای را به عنوان ثمن از مشتریِ مسلمان دریافت کند، سپس عیبی در آن پارچه بیابد (حق الخیار عیب دارد و) می‌تواند پارچهٔ معیوب را به مشتری برگرداند، ولی پس از اعادهٔ ثمن آیا حق دارد خود عبد مبیع را استرداد کند؟ یا فقط حقّ دارد بدل آن یعنی قیمتش (چون عبد از قیمیّات است) از مشتری بگیرد نه خود عبد را؟ علاّمه فرموده؟ فیه نظر یعنی دو وجه وجود دارد:

۱ـ استرداد خود عبد تملّک اختیاریِ کافر نسبت به مسلمان است و ملکیّت ابتدائیِ اختیاری به حکم آیهٔ نفی سبیل، منتفی است پس حق ندارد خود عبد را برگرداند. این دلیل استرداد قیمت است.

۲ـ ردّ عوض به وسیلهٔ عیب یک حکم قهری و نبائش بر قهر و جبر و غیر اختیار است یعنی شارع این حقّ را به او داده نه اینکه اختیاریِ او باشد همانند ارث که امری قهری است، اگر این باشد پس حقّ استرداد خود عبد را هم دارد.

قوله: محلّ تأمل:

مرحوم شیخ می‌فرماید: از جوابی که به محقّق ثانی دادیم، دانسته می‌شود که سخن علاّمه نیز قابل مناقشه است که برای کافر حق الخیار عیب قائل شد و گفت: می‌تواند ثمن را ردّ کند و به قولی مثمن را برگرداند. و از نظر مشهور کافر **«لا خیار له و لا علیه»** آری راه دیگری برای تصحیح کلام علاّمه وجود دارد و آن اینکه: ما دو دسته ادلّه داریم: ۱ـ ادلّهٔ خیار عیب ۲ـ آیهٔ نفی سبیل، و قاعده این است که حتی الامکان میان آنها جمع شود و جمع به این است که بگوییم: به حکم دلیل الخیار، برای کافر حقّ الخیار هست و به حکم آیهٔ نفی سبیل خود عبد به ملک او بر نمی‌گردد و نوبت به بدل آن می‌رسد و در حقیقت نفی سبیل خود عبد به ملک او بر نمی‌گردد. و نوبت به بدل آن می‌رسند و در حقیقت نفی سبیل مانع شرعی است و مانع شرعی مثل مانع عقلی است و همانطور که اگر مبیع تلف شده بود و بایع اعمال خیار می‌کرد نوبت به اخذ بدل می‌رسد، هکذا اگر تلف نشده ولی منع شرعی دارد باز به منزلهٔ تعذّر عقلی است و نوبت به مطالبهٔ بدل می‌رسد.

قوله: و هو حسن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: جمع مذکور پسندیده است ولی جای یک اشکال باقی است و آن اینکه کسی بگوید: استحقاق کافر بر اخذ بدل کاشف از استحقاق او بر خود عین و

عبد مسلمان است وگرنه نمی‌توانست بدل بگیرد، و استحقاق بر خود عبد اشکال دارد و آیهٔ نفی سبیل آن را بر می‌دارد پس حقّ اخذ بدل هم ندارد (و باید به ارش گرفتن بسنده کند و حقّ ردّ ثمن را ندارد) سپس مرحوم شیخ شاهدی می‌آورد: اگر مملوک مسلمان را به مَنْ ینعتق علیه بفروشند و کافر پدر یا مادرش را خریداری کند و عیبی بیابد او نیز حق فسخ ندارد زیرا اگر حق فسخ باشد و فسخ کند خود عبد یا امه که منعتق شده پس باید بدلش را بگیرد و استحقاق بدل کاشف از استحقاق مبدل است و با آیهٔ نفی سبیل منفی است.

قوله: فتأمّل:

شاید اشاره به این باشد که: استحقاق بدل سبیل و سلطه نیست وگرنه استیفاء حق هم باید سبیل باشد، مطالبهٔ قرضش هم باید سبیل باشد در حالی که نیست.

مسألهٔ دیگر تملک کافر نسبت به مصحف

آخرین مسأله دربارهٔ شروط متعاقدین دربارهٔ تملّک کافر نسبت به مُصحف است: اگر مالکیّت کافر نسبت به مصحف موجب هتک حرمت و سبب نجاست و آلوده شدنِ مصحف باشد قطعاً جایز نیست و کاری به این فرض نداریم، همچنین مسألهٔ بیع مصحف به کافر هم فعلاً مطرح نیست چرا که در خاتمهٔ مکاسب محرّمه راجع به بیع مصحف مبسوطاً بحث شد، و فعلاً کلام در مطلق تملّک کافر نسبت به مُصحف است چه از راه ارث بردن باشد، یا از راه هبه و هدیه باشد یا از طریق استنساخ باشد و... آیا نقل مصحف به کافر و مالکیّت کافر نسبت به مصحف جایز است یا خیر؟ مشهور طرفدار عدم جوازند شیخ طوسی[1] و محقّق اوّل[2] در کتاب جهاد همین را گفته‌اند، علاّمه در کتابهایش[3] همین را فرموده جمهور فقهای متأخّر از علاّمه هم همین را گفته‌اند.

ابن جنید اسکافی گفته: مختار من این نیست که کافر بتواند مصحف و قرآن را رهن کند و مسلمان قرآن را نزد او گرو بگذارد (پس نقل و تملیک به کافر به طریق اولی ممنوع است.) و نیز هر آنچه احترام و تعظیم آن بر مسلمان واجب است حق ندارد نزد کافر گرو بگذارد، و نیز بچه‌های صغیر (منظور بچّه‌ای است که مملوک باشد) را نباید نزد کافر گرو بگذارند (پس مملوک کبیر را گرو بگذارند مانعی ندارد.) اینهم کلام اسکافی.[4]

قوله: و استدّلوا:

مشهور برای عدم جواز نقل قرآن به کافر به دو دلیل استدلال کرده‌اند:

۱ـ احترام قرآن بر مسلمانان واجب است و نقل آن به کفّار باعث بی‌احترامی به قرآن است و جایز نیست.

۲ـ از نظر مشهور بیع و تملیک عبد مسلمان به کافر جایز نبود پس نقل مصحف به کافر به طریق اولی جایز نیست (زیرا احترام عبد مسلمان هم بخاطر اسلام است و ارتباط قرآن با اسلام قویتر و بلکه خود اسلام است و احترامش واجبتر است.)

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۶۲. ۲. شرایع، ج ۱، ص ۳۳۴.
۳. تذکرة، ج ۱، ص ۴۶۳، و قواعد، ج ۱، ص ۱۲۴.
۴. به نقل علاّمه در مختلف، ج ۵، ص ۴۲۲.

قوله: و ما ذکروه حسن:

مرحوم شیخ می‌فرماید: مدّعای مشهور نیکو است (که قائل به عدم جوازند) ولی دلیلهای آنها ناتمام است و خالی از اشکال نیست (امّا دلیل اوّل: مسألهٔ بی‌احترامی به قرآن کلیّت ندارد زیرا گاهی ملک کافر است ولی در کتابخانه است یا در اختیار مسلمانی است یا در مسجد و مدرسهٔ مسلمانان است و در این موارد بی‌احترامی به قرآن نشده، و امّا دلیل دوّم: ما در خود عبد مسلمان هم تملیک و نقل او را به کافر جایز دانستیم پس جای مقایسه کردن مصحف با عبد مسلمان نیست.) (به قول محشّین بزرگوار: اگر ادلّهٔ قول مشهور ناتمام است پس ادّعای آنها هم بی‌دلیل است و ادّعای بی‌دلیل که تحسین ندارد که شیخ فرمود: و هو حسن.)

قوله: و فی الحاق:

آیا احادیث نبوی صلی الله علیه و آله و سلم هم در حکم قرآن است و نقل آنها به کافر جایز نیست؟ شیخ طوسی در مبسوط[1] تصریح به الحاق کرده و فرموده: اینها مثل قرآن قابل نقل به کفار نیستند. محقّق در شرایع[2] تصریح به کراهت کرده است و علّامه در تذکره[3] مردّد شده که جای الحاق هست یا نیست. پس سه قول شد:

۱ـ حرمت ۲ـ کراهت ۳ـ تردّد و توقّف.

قوله: و لا یبعد:

احادیثی که منسوب به رسول خدا صلی الله علیه و آله و سلم است دو دسته است.

۱ـ خبرهای متواتر که اسنادش به پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم قطعی است و معلوم الصدور هستند.

۲ـ خبرهای واحدی که معلوم‌الصدور نیستند، حال آیا هر دو دسته روایات ملحق به مصحف است؟ ظاهر کلام قوم آن است که: دسته اوّل ملحق هستند چون وقتی می‌گوییم: کلام پیامبر صلی الله علیه و آله و سلم، منظور کلامی است که قول رسول صلی الله علیه و آله و سلم بودنش معلوم باشد. ولی شیخ می‌فرماید: بعید نیست که خبرهای واحد هم همین حکم را داشته باشد (چون کثیری از اینها از پیامبر صادر شده و علم اجمالی داریم) و در هر حال احادیث صادره از ائمهٔ اطهار علیهم السلام حکمش حکم احادیث نبوی صلی الله علیه و آله و سلم است. **(پایان جلد ششم)**

---

۱. مبسوط، ج ۲، ص ۶۴.
۲. شرایع، ج ۱، ص ۳۳۵.
۳. تذکرة الفقهاء، ج ۱، ص ۴۶۳.

یادداشت

....